J. Pract. 242 g.

Puchta (W H.)

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Das
# Prozeßleitungsamt
## des deutschen
## Civilrichters.

Von

Dr. Wolfgang Heinrich Puchta,
Landrichter in Erlangen.

Gießen 1836,
Verlag von B. C. Ferber.

19. D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Vorwort.

Wer das Gerichtsleben mehr in der Nähe zu beobachten Gelegenheit gehabt hat, besonders aber die Praxis der Gerichte erster Instanz, deren Aufgabe es ist, die Prozesse gleichsam in das Leben einzuführen, aus einer längern unmittelbaren Anschauung kennt, hat gewiß genug erfahren, — versteht er es anders überhaupt Erfahrungen mit Nutzen zu machen, — um einzusehen, was eigentlich einer guten oder, wie man sonst wohl sagte, gottgefälligen Gerechtigkeitspflege Noth thut. Gesetze und Verfassungen allein geben uns dafür keine Bürgschaft; diese muß hauptsächlich von der Anwendung oder von einer bessern Praxis ausgehen, und diese wieder vorzugsweise von einer zweckmäßigen Verwaltung des richterlichen Amtes erwartet werden, hier jedoch nicht bloß von dem Richter allein, der den Streit entscheidet, gleichsam den gelieferten Stoff verarbeitet, sondern gewiß auch, ja vorzüglich von dem, wel-

cher nach deutschem Regime den Prozeß dirigirt, den Entscheidungsstoff zubereiten hilft, also von dem richterlichen Prozeßleitungsamt. Bei einem in der Instruction vernachlässigten Prozeß — wer weiß das nicht? — wird der tüchtigste Urtheilsfasser, und alle, die nach ihm in der Sache erkennen, kaum eine formell, zu geschweigen eine materiell gerechte Entscheidung fällen, während auf gut instruirte Akten ein Anderer, selbst von mindern Fähigkeiten, seine Aufgabe zur Zufriedenheit lösen, oder doch ein in höherer Instanz Urtheilender, was jener versehen hat, leicht wieder gut machen wird.

Der Verfasser zweifelt nicht, daß Mehrere diese seine Ueberzeugung theilen werden, immer wird es aber die seinige seyn, und von ihr ist denn auch diese Schrift ausgegangen. Die Absicht bei derselben ist,

> das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters in seiner Wirksamkeit für eine gründliche, schleunige und minder kostspielige Rechtspflege, und in seinen Grenzen gegenüber der privatrechtlichen Freiheit der Parteien,

wenigstens nach einigen Hauptzügen zu betrachten und damit zugleich einen zeitgemäßen Beitrag zur Begründung der Ueberzeugung zu liefern, daß die

Forderungen an eine gute Rechtspflege schon in der Ordnung unseres deutschen Gerichtswesens und Verfahrens einen ergiebigen Fond ihrer Befriedigung finden, und daß es nur einer Nachhülfe, vor allen aber der zweckmäßigen Anwendung dessen, was wir haben, bedarf, um radikale Reformen entbehren zu können. Bei dem Verfasser ist diese Ueberzeugung das Resultat der Wahrnehmungen während einer nun bald vierzigjährigen Richterpraxis, wie er denn auch genug erfahren hat, was den Glauben in ihm befestigen konnte, — daß es weniger in dem Mangel an guten Gesetzen über das Verfahren, als an deren Anwendung, und großen Theils an unsern Rechtspflegern liegt, wenn die Justiz nicht so verwaltet wird, wie sie sollte, und wenn in den meisten deutschen Ländern, in dem einen mehr, in dem andern weniger, vorzüglich in der neuern Zeit, die freilich eben auch mehr Ansprüche macht, laute Klagen über eine schlechte, besonders verzögerliche und kostspielige Rechtsverwaltung erhoben werden. Aehnlich dem Kranken, der in ein anderes Bett gebracht zu werden verlangt und von dieser Veränderung seiner Lage Erleichterung hofft, erwartet man nun von andern Verfassungen und Formen Hülfe, ungeachtet man von selbigen oft nicht viel mehr weiß, als daß es andere sind. Wenn ein alter, erfahrungsreicher

Practiker *) die Bemerkung gemacht hat: Prozeßordnungen und Richter seyen Scanderbegs Säbel und Scanderbegs Arm; dieser werde auch mit einer schlechteren Waffe richtig treffen, dagegen selbst jener flach fallen oder falsch treffen, wenn der Arm, der ihn führt, entnervt sey, so wird man, je mehr man im Geschäftsleben an Jahren zugenommen hat, diese Bemerkung für sehr richtig erkennen. So wären es denn also nicht sowohl neue Gerichts- und Prozeßordnungen, was wir bedürfen, als vor allen tüchtige Richter, die zugleich nicht durch einen zweckwidrigen Organismus ihres Wirkungskreises und durch Ueberladung mit fremdartigen Geschäften verhindert sind, ihrem Berufe sich gehörig zu widmen. Damit soll indessen keineswegs behauptet werden, daß nicht auch die bestehende Prozeßgesetzgebung, hier mehr, dort weniger, der Reinigung von manchen Bestimmungen bedarf, die der Erfahrung zufolge die Chicane und Verzögerungssucht begünstigen und den kräftigsten Richterarm lähmen. Denn wie oft es auch auf Rechnung der Richter kommen mag, wenn die Parteien, vielmehr die Advocaten die Prozesse ver-

---

*) der nun längst verstorbene Appellationsgerichtsdirector Bandel zu Ansbach — in einem in Druck erschienenen Gutachten über eine schickliche Vereinigung der baierischen und preußischen Prozeßordnungen. Nürnberg 1809.

schleppen, und wie wahr es in vielen, man will sogar einräumen in den meisten Fällen ist, was schon l. 13. §. 1. C. de judiciis (3, 1.) über die Bedingungen der möglichen Abkürzung der Prozesse bemerkt, daß es nämlich dabei hauptsächlich auf die Gerichte ankäme, weil, wie die Worte des Gesetzes lauten: si judices noluerint, nullus tam audax invenitur, qui possit invito judice litem protelare, — immer und in allen Fällen läßt sich dieß nicht behaupten. Man wird vielmehr so viel zugeben müssen, daß, so lange es unter andern einer Partei oder ihrem Sachwalter nicht verwehrt ist, gegen jede richterliche Verfügung, die sie beschwert, oder eigentlicher zu reden, die nicht nach ihrem Sinne ist, das höhere Gericht beschwerend anzugehen und unterdessen eine Suspension der Wirksamkeit des untern Richters herbeizuführen, wenigstens diesem das hieraus entstehende Unheil nicht beizumessen ist. Hier, und so denn freilich auch bei manchen andern, dem bösen Willen der Streitenden eine Hinterthüre offen lassenden prozeßgesetzlichen Anordnungen, namentlich auch was die gelähmte Thätigkeit des Richteramts für den Betrieb der Sache betrifft, ist es an der Gesetzgebung dem Uebel zu steuern. Aber darum braucht man nicht das ganze Gebäude unserer Justiz einzureißen und

auf Errichtung eines neuen zu denken, das vielleicht der Unvollkommenheiten eben so viele, wo nicht noch mehrere darbietet, gegen die man sich erst durch neue Erfahrungen vorzusehen und vor Schaden und Nachtheil zu hüten lernen muß.

Von dieser Ueberzeugung durchdrungen hat der Verfasser dieser Schrift an einem andern Ort (in einem demnächst in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß erscheinenden Aufsatze) zu zeigen gesucht, daß die Civilrechtspflege in Deutschland nur einer Verbesserung, keiner Reform von Grund aus bedürfe, und es würde ihn freuen, wenn er damit Einiges zur Beruhigung derer beigetragen hätte, die seit einer Reihe von Jahren das Heil unserer Justiz nur von der Annahme gewisser fremder Institutionen sich versprechen, im Fall sie ihre Hoffnungen auf diese (Trennung der Gewalten im Richteramt, Collegialität der Gerichte selbst in erster Instanz, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens rc.) nicht selten in Erfüllung gehen sehen. Wer es weiß, worauf es in der Rechtsverwaltung, hauptsächlich ankommt, wird es nicht für ungereimt halten, wenn man behauptet, daß auch ohne jene Institutionen, sofern die Umstände deren Einführung nicht gestatten, oder wohl gar widerrathen sollten, eine gute Justiz verwaltet werden könne, und daß

nur das Bestehende, wo es nöthig ist, zu verbessern unsern billigen Erwartungen schon vollkommen genügen wird. Zu dieser Verbesserung bieten aber die Fortschritte in dem wissenschaftlichen und practischen Leben, und selbst die in der deutschen Verfassung liegenden Elemente, Stoff genug dar, ohne daß man nöthig haben wird, auf gut Glück einen Versuch zu machen, fremde Gewächse (denn das sind sie und bleiben es trotz aller unhistorischen Faseleien von bloßer Wiederbelebung altdeutscher Einrichtungen ꝛc.) auf unsern Boden zu verpflanzen, die bei aller ihrer zuzugebenden Güte an dem Ort, wo sie daheim sind, doch immer noch zweifeln lassen, ob sie auch auf unserm Boden Gedeihen finden mögen. Trachten wir also vielmehr nur, das Einheimische zu verbessern und zu veredeln, und dazu bedarf es vielleicht weniger der Thätigkeit der gesetzgebenden, als der aufsehenden Gewalt, da es scheint, daß manche Gebrechen in unserer Rechtspflege in der That nicht sowohl von den Gesetzen selbst, als von denen, die sie handhaben sollen, ausgehen. Besonders ist die Materie, mit der sich diese Schrift beschäftigt, eine von denen, deren Mängeln zum Theil wenigstens schon durch eine bessere Praxis abgeholfen werden kann. Darüber, mit Hinblick auf die Theorie unseres Verfahrens, einige Andeutungen zu

geben, war daher die Absicht des Verfassers und darum wird man auch keinen Anstoß daran nehmen, wenn er besonders in dem ersten Abschnitte nicht umgehen zu können glaubte, manches Bekannte aus der Doctrin des Civilprozesses zu wiederholen.

Erlangen am 12. Februar 1836.

Der Verfasser.

# Einleitung.

Eine zweckmäßige Stellung des Richters gegenüber den Parteien ist es, worauf es bei der Frage: wie unsere Gerichtsverfassung und Prozeßgesetzgebung ohne Radikalreform zu verbessern? hauptsächlich ankommt. Es kann dabei nicht die Rede seyn von einer Wirksamkeit von Amtswegen in Sachen, wo es sich um veräußerliche Rechte handelt. Denn hier muß der Grundsatz streng aufrecht erhalten werden: der bürgerliche Richter verwaltet sein Amt nur auf Anrufen. Auch von einer vormundschaftlichen Einwirkung auf die Handlungen der Parteien, als selbstständiger Staatsbürger, kann keine Rede seyn. So weit soll und darf die Gewalt des Civilrichters nicht gehen, und recht verstanden, braucht sie auch nicht so weit zu gehen. Das Verlangen der Streitenden ist und bleibt immer die Basis seiner Thätigkeit und sofern es bloß auf parteiliche Interessen allein ankommt, dieser Thätigkeit Leitstern. Aber deßwegen muß man aus dem Richter nicht eine bloße Maschine machen, die aller eigenen Kraft entbehrend nur durch die Hände der Streitenden und ihrer Sachwalter in Bewegung gesetzt wird oder stille steht, eben darum aber oft auch untüchtig ist, was doch wesentliche Aufgabe des richterlichen Amts seyn soll, die Hindernisse zu entfernen, die der eigenen Thätigkeit der Parteien in den Weg treten. Dahin scheint es indessen leider mit unserer deutschen Rechtspflege gekommen zu seyn, daß der Richter ein bloß willkührlich

zu brauchendes Werkzeug der Parteien und vornämlich der Advocaten geworden ist, und dieses, — neben der freilich nicht zu verkennenden Schwäche oder Bequemlichkeitsliebe vieler unserer Richter, als mitwirkender Ursache, — aus einer irrigen Deutung der Grundwahrheiten des Verfahrens, wobei sich in der richterlichen Stellung ein Passivitätssystem ausgebildet hat, das oft geradezu dem Zweck entgegenwirkt, weßhalb man den Rechtsweg zu betreten pflegt. Man wird nicht zuviel sagen, wenn man dieses System das Grundübel und die Quelle aller oder doch der meisten Gebrechen nennt, worunter die Rechtsuchenden leiden. Dieses Uebel äußert sich der Erfahrung zu Folge vornämlich in der zweckwidrigen Art, wie das richterliche Prozeßleitungsamt gewöhnlich gehandhabt wird. Unter dem Scheine der Achtung vor dem parteilichen Verfügungsrecht und nach einer Fiction, die dem Wesen der Sache und der Absicht schnurstracks zuwider lauft, in welcher die Parteien, besonders in der Rolle des angreifenden Theils, den Richter angehen, wird dem einseitig widerrechtlichen Benehmen Vorschub gethan, weil der dadurch, durch das ordnungswidrige Handeln oder Nichthandeln des Gegners, gefährdete Theil von dem Recht Gebrauch zu machen unterlassen hat, womit er es hätte hindern können. Man fragt aber, und das ist eben das Unnatürliche, nicht weiter, ob der auf solche Weise Gefährdete nicht etwa bloß aus Unkunde seines Rechts und der Forderungen an seine Thätigkeit, oder weil er auf die Hülfe seines Rechtsanwalts sich verläßt, sich stille und unthätig verhält, keineswegs aber in der Absicht, sein Recht aufgeben zu wollen. Man denke hier nur an eine unterlassene Ungehorsams-Anklage und deren Folgen. Die rechtsunkundige Partei kennt die Nothwendigkeit dieser Anklage nicht, oder wird erst zu spät durch Schaden klug; und hat sie

einen Advocaten zum Vertreter, so weiß sie wohl in den meisten Fällen nicht, wie ihr geschieht. Sie mißt dem Gericht die Schuld der Verzögerung ihrer Sache bei, die eigentlich ihr Rechtsfreund trägt, der wegen Ueberladung mit Geschäften, oder aus Sorglosigkeit, oder auch wohl aus collegialer Gefälligkeit für den gegentheiligen Sachwalter und in Hoffnung des Reciprocums, den Betrieb der Sache unterläßt. Diese Partei würde es freilich mit ihrem natürlichen Menschenverstande nicht begreifen können, wenn man ihr vorhielte: du hast zwar richterliche Hülfe verlangt, und daß dein zu seiner Verantwortung aufgeforderter Gegner sich bisher nicht erklärt, sondern ungehorsam geschwiegen hat, das hat die verlangte Hülfe verzögert; aber du hättest auch verlangen sollen, daß man diesen Ungehorsam ahnde, da du aber dieses unterlassen hast, so hat man annehmen müssen, du wollest die Sache aufgeben, und deßhalb hat man sie liegen lassen! — Wird sie nicht in ihrer Einfalt sagen: wofür habe ich denn geklagt, als um Rechtshülfe zu finden? Wenn ich anderes Sinnes geworden wäre, würde ich's ja wohl gesagt haben. — Doch gegen diese naturwidrige Ordnung des Rechtsganges kann die bloße Gerichtspraxis allein nichts, wie sich von selbst versteht; es liegt vor allen an der Gesetzgebung, abhelfend einzuschreiten. Es kann daher hier auch nur die Frage seyn: wiefern etwa selbst mit den bestehenden Gesetzen bei rechtem Verstehen und zweckmäßigerer Anwendung derselben Rath zu schaffen, was allerdings möglich erscheint, wenn statt des Klebens an dem tödtenden Buchstaben durch Eindringen in ihren Geist die Irrthümer der Praxis zu beseitigen gesucht werden.

Das richterliche Prozeßleitungsamt ist nach gemeinem deutschen und nach dem hiernach gebildeten Particular-Prozeßrecht das bewegende Prinzip des ganzen Verfah-

rens. So wie dieses Verfahren darauf abzielt, die thatsächlichen Momente, welche auf die Entscheidung der Streitsache den einschlagenden Rechtssätzen gemäß Einfluß haben, zu sammeln und dem erkennenden Richter zuzuführen, so besteht jene Function der Prozeßleitung darin, die Ordnung dieses Verfahrens nach den gesetzlichen Regeln zu handhaben, damit dasselbe nicht in ein willkührliches und tumultuarisches ausarte und so dessen Zweck vereitelt werde. Die Prozeßleitung begreift daher alle richterliche Thätigkeits-Aeußerungen in sich, welche Bedingung des ordnungsmäßigen Rechtsganges nach den zwei wesentlichen Forderungen einer guten Justizpflege überhaupt: Gründlichkeit und Beschleunigung, sind. Kraft dieses Leitungsamts handhabt also der Richter die Ordnung in der wechselseitigen Vorlage der Angriffs- und Vertheidigungsmittel, prüft deren Legalität, sorgt für die Mittheilung an den Gegentheil, so wie überhaupt mit Entfernung der Hindernisse für das regelmäßige Fortschreiten der Verhandlung, — vorausgesetzt, daß die bei dem Fortschreiten nützlich betheiligte Partei nicht selbst ein Hinderniß macht, indem sie die Sache liegen lassen zu wollen, entweder ausdrücklich erklärt, oder durch den unterlassenen Betrieb zu erkennen giebt.

Es ist hier, wie sich von selbst versteht, besonders in der zuletzt bemerkten Beziehung, von der gemeinen deutschen Prozeßform nach dem Verhandlungsprinzip, wenigstens nach der hiernach ausgebildeten Theorie, die Rede. Nach dem Untersuchungsprinzip würde, wenn der einmal implorirte Richter zum Stillestehen sich veranlaßt finden sollte, von Seiten der bei dem Fortgange der Sache vortheilhaft interessirten Partei ein ausdrückliches Verlangen, oder doch die Unterlassung einer das richterliche Fortschreiten schlechthin bedingenden Thätigkeit vorausgesetzt werden müssen, niemals aber würde ein Betreiben

einer einmal anhängig gemachten, und dadurch allein schon der richteramtlichen Erledigung genugsam empfohlenen, Rechtssache für nöthig oder auch nur für angemessen erachtet werden.

Eine wesentliche Forderung an diese Function des Richters ist ferner, daß er dafür sorge, rücksichtlich aller auf die Beurtheilung des Streits Einfluß habenden factischen Punkte, wie weit sie nämlich von der einen Seite behauptet und von der andern als wahr anerkannt oder widersprochen sind, zur Gewißheit zu kommen, d. h. eine zuverlässige Feststellung des Streitstandes durch deutlichen Vortrag des Begehrens auf der einen, und durch bestimmte Erklärung darauf (Einlassung) auf der andern Seite zu bewirken. Denn es soll bei dem urtheilenden Richter (er sey mit dem prozeßleitenden und instruirenden eine und dieselbe, oder eine von ihm verschiedene Person) kein Zweifel übrig bleiben, ob beide Theile in der Angabe der Thatsachen zusammentreffen und nur darüber, was daraus rechtlich folgt, verschiedener Meinung sind und seine Entscheidung erwarten, oder aber ob und wie weit sie auch in der Erzählung des dem Streit zu Grunde liegenden Hergangs der Sache von einander abweichen, diese Abweichung also erst durch Beweis zu entfernen ist. Eine in dieser Regulirung des Streitstandes sich zeigende Unvollständigkeit zu beseitigen, ist der Richter selbst zu einer Untersuchung von Amtswegen befugt, die unter dem Namen des richterlichen Frage- und Aufhellungsrechts bekannt ist.

Wenn diese richterliche Untersuchungs-Befugniß übrigens gleich zunächst nur darauf geht, unvollständige Erklärungen des klagenden oder beklagten Theils ergänzen zu lassen, so kann sie doch in gewisser Art auch zur Aufklärung bestritteuer Thatsachen diensam werden, indem der Richter im Wege der Erkundigung nach dem

Grund der factischen Behauptungen oder Widersprüche näher in das eigentliche Sachverhältniß einzudringen sich bemüht. Er findet dazu rechtfertigende Veranlassung in seiner Verpflichtung, so viel als möglich zu verhüten, daß nicht etwa bloß durch mißverstandene oder übereilt hingeworfene Behauptungen oder Verneinungen zu unnöthigen Beweisführungen Anlaß gegeben werde. Daher kann diese nähere Erkundigung auch gemeinrechtlich nicht als von den Befugnissen und Pflichten des instruirenden Richters ausgeschlossen angenommen werden, so lange man als richtig gelten lassen muß, daß es eben so sehr in dessen Berufe liegt, Irrthümer zu vermeiden und Prozesse so viel als möglich abzukürzen, als in dem des Richters nach dem s. g. Untersuchungssystem.

Den Rechtsuchenden soll gründlich, aber auch bald Rechtshülfe widerfahren. Beides hängt nicht von dem erkennenden Richter allein, sondern auch von dem instruirenden oder prozeßleitenden, von diesem sogar vorzugsweise ab. Das erste Verfahren, womit der Prozeß eingeleitet wird, bildet die Grundlage für alle folgende Gerichtsinstanzen, und von seiner guten oder schlechten Behandlung hängt neben dem formellen vorzüglich der materielle Rechtsbestand des Urtheils ab. Beschleunigung der Prozesse, womit auch Wohlfeilheit der Streitführung von selbst gegeben ist, mit Gründlichkeit gepaart, ist das Höchste in der Aufgabe des Richters. Ihr zu genügen darf er vor allen zweierlei Erfordernisse nicht außer Acht lassen: erstens, daß die für das erste Verfahren vorgeschriebenen Regeln kein Leisten für alle Streitsachen ohne Unterschied sind; dann aber und hauptsächlich, daß seine Thätigkeit für die Erforschung der Wahrheit nicht schlechthin erst bei der Entscheidung des Streits, sondern unter gewissen Modificationen schon während des Verfahrens, welches der Sammlung der Entscheidungs-

materialien gewidmet ist, wirksam werden muß; mit andern Worten: er darf sich nicht darauf beschränken, die Wahrheit bloß aus dem schon, vielleicht unvollständig, gegebenen Stoffe herauszufinden, sondern er soll an dessen Gebung selbst wirksam Theil nehmen, damit dieser Stoff für seinen Zweck, der die Erkenntniß der Wahrheit ist, fruchtbringender werde.

Demnach ist der Richter in seinem Leitungsamte thätig: 1) für Abschneidung unnöthiger Weitläufigkeiten, da diese nicht bloß die Rechtshülfe verzögern, sondern auch der Gründlichkeit Eintrag thun, so fern als sie den Blick des entscheidenden Richters zerstreuen und selbigen auf mehrere Gegenstände, als nöthig ist, lenken; 2) in der Prüfung des beiderseitigen Vorbringens, wie fern es nach der gesetzlich vorgeschriebenen Form seinem Zwecke entspricht; 3) in der Sorge für ein vollständiges Entscheidungsmaterial, damit nichts, was zur Sache gehört, unaufgenommen bleibt, besonders aber am Schlusse des Verfahrens kein Zweifel entsteht, worin die Parteien einverstanden sind, oder sich widersprechen. Endlich ist nicht zu zweifeln, und die Erfahrung bestätigt es, daß der Richter 4) ohne ein inquisitorisches Verfahren im Civilprozeß anzuwenden, während der Verhandlung, besonders da, wo ihm die unmittelbare Berührung mit den Parteien Gelegenheit dazu gibt, vieles zur Aufklärung streitiger factischer Punkte durch angemessene Erkundigung beitragen kann. Er wird dadurch manche weitläufige Beweisführungen entbehrlich machen, ja es wird hierin ein Mittel liegen, der Aufgabe sich mehr zu nähern, das formelle Recht mit dem materiellen, so weit dieses letztere überhaupt den Bemühungen menschlicher Richter zugänglich ist, identisch zu machen. Er wird damit auch seiner Obliegenheit, Prozesse abzukürzen, genügen, und es kann ihm diese Thätigkeit selbst gemeinrechtlich nicht verwehrt

seyn, sondern muß ihm vielmehr schon in der Erwägung als verdienstlich angerechnet werden, daß sie selbst in der ihm zur Pflicht gemachten möglichst gütlichen Auseinandersetzung der Rechtsstreitigkeiten ihre Rechtfertigung findet. Ist der Richter befugt und verpflichtet, so viel es seyn kann, eine billige Nachgiebigkeit unter den Streitenden bezüglich auf die Sache selbst, also auf den Zweck des Streits zu bewirken, wer wollte bezweifeln, daß er dazu noch mehr in Hinsicht auf die Mittel zur Erkenntniß der Wahrheit, also der Mittel für jenen Zweck befugt und verpflichtet sey?

Ob und wie fern diese verschiedenen Aufgaben des richterlichen Prozeßleitungsamtes mit Rechtsbestand befriedigend zu lösen sind, soll in folgenden zwei Abschnitten Gegenstand der Erörterung, und es sollen demnach die Fragen abgehandelt werden:

I. wie fern eine Abkürzung und Vereinfachung des deutschen gemeinrechtlichen ersten Verfahrens möglich ist?

II. wie weit die Befugnisse des civilrichterlichen Untersuchungs- oder Frage- und Aufhellungsrechts gehen?

# Erster Abschnitt.

## Das richterliche Prozeßleitungsamt in seiner Wirksamkeit für Abkürzung und Vereinfachung des ersten Verfahrens in dem deutschen Civilprozesse.

### §. 1.

Unter den Ursachen der längern Dauer und Kostspieligkeit der Prozesse nimmt die gar häufige Ausdehnung des parteilichen Wechselverkehrs in Sätzen über seinen richtig verstandenen Zweck, besonders aber die unnöthige Vervielfältigung der Handlungen des ersten Verfahrens nicht die letzte Stelle ein. Dieß gilt vornämlich von den eingereichten Satzschriften; denn bei dem s. g. mündlichen oder protokollarischen Verfahren hat das allenfallsige Uebermaß schon weniger auf sich. Die Verhandlung geht nämlich bei letzterem ordentlicherweise in einer Tagesfahrt oder in zweien, mithin leicht in dem Zeitraume von 4 Wochen von der Mittheilung der Klage an, zu Ende, so daß also auch das Gestatten einer überflüssigen Vernehmlassung minder verzögerlich ist, als bei der Procedur in gewechselten Schriften, von welchen, auch abgesehen von Fristverlängerungen, eine einzige, gewöhnlich jenen Zeitraum fordert. Jedes Uebermaß macht sich aber hier um so fühlbarer, da das Verfahren in Satzschriften gegen das protokollarische ohnehin die Weitschweifigkeit und die

Anhäufung des mühsam zu sichtenden Stoffes der Beurtheilung begünstigt; nicht zu gedenken der vermehrten Kosten, die mit einer schriftlich eingereichten Ausführung im Verhältniß zu einer protokollarischen verbunden sind.

Es geht dieses Uebermaß hauptsächlich von der Vorstellung Vieler, man möchte sagen der Meisten unserer Practiker aus, daß das erste Verfahren, welches der Darlegung der Angriffs- und Vertheidigungs-Behelfe nach dem parteilich einseitigen Fürwahrangeben bestimmt ist, schlechthin bis zur Duplik fortgesetzt werden, jeder Theil also immer zweimal gehört werden müsse, ehe die Wahrheit und Erheblichkeit des beiderseitigen Vorbringens der richterlichen Prüfung unterstellt und über das streitige Recht, oder doch über den zur Ueberzeugung des Richters noch nothwendigen Beweis, entschieden werden könne. Diese Vorstellung ist zwar in vielen, man kann zugeben, sogar in den meisten Fällen richtig, aber zur allgemeinen und überall gültigen Regel und gleichsam zu einem Fundamentalgrundsatz kann sie nicht werden; sie führt vielmehr in dieser Ausdehnung zu jenem gedankenlosen Schematismus, wornach man, ohne Wesen und Zweck weiter zu bedenken, die Exceptions- vielmehr Beantwortungs-Schrift zur Replik, diese zur Duplik mittheilt. Davon ist denn die Folge, daß der unnöthige Schriftsatz oft mit nichtsbedeutendem Gerede und leeren Declamationen angefüllt, und besonders in der Duplikhandlung häufig nur das excipiendo Vorgebrachte wiederholt wird, („Beklagter wiederholt duplicando „priora, und bemerkt nur noch" . . . — was nicht selten des Bemerkens nicht werth war —). Dieß hat nun zwar bei dem s. g. mündlichen oder protokollarischen Verfahren gerade nicht viel zu bedeuten, da hier, wie gesagt, alles in einer oder zwei Tagesfahrten ausgeht, bei der Verhandlung in Satzschriften aber gereicht es offen-

bar zur Zeit- und Kostenverschwendung. Man kann es immerhin als Regel gelten lassen, daß das Verfahren nur mit der Duplik als geschlossen anzunehmen ist; aber öfters wird dieß schon nach Abgabe der Exceptions-Beantwortung oder nach der Replik, bisweilen sogar nach der Antwort auf die Klage der Fall seyn. Man denke nur an die vielen Darlehnsschuldklagen, die besonders in gewissen Gegenden die Mehrzahl der Prozesse ausmachen, und wobei weniger eine Bestreitung des Rechts des Klägers, als eine Verweigerung desselben den letztern nöthigt, gerichtliche Hülfe zu suchen. — Eben so wird es auf der andern Seite, wenn schon bei ordnungsmäßiger Behandlung bloß nach seltenern Ausnahmen geschehen, daß auch mit der Duplik der Beschluß der Sache noch nicht genommen werden kann, sondern die Nothwendigkeit einer weitern Vernehmlassung oder einer Triplik eintritt, der dann nach Umständen noch ein weiterer Satz oder eine Quadruplik folgen muß.

Gleich mißverstanden, wenigstens in seiner Anwendung, wie die Annahme der unbedingten Nothwendigkeit eines Verfahrens bis zur Duplikhandlung ist die Vorstellung, daß der Beklagte immer das letzte Wort haben müsse. Es läßt sich nichts dagegen einwenden, sofern als der Beklagte der angegriffene Theil ist, aber da als solcher auch der Kläger erscheinen kann, und mit der Replik resp. Triplik das letzte Wort wirklich erhält, so ist klar, daß es über dieses hinaus kein letztes Wort mehr geben kann, wenn der, der dieses letzte Wort erhält, nicht wieder als Angreifender auftritt, und so ein neues letztes Wort provocirt. Alles dieses soll nun näher betrachtet und gezeigt werden, wie das prozeßleitende Richteramt unbeschadet des genügenden rechtlichen Gehörs eines jeden streitenden Theils kostspielige, verzögerliche und dabei doch eigentlich zwecklose Auswüchse einer fehlerhaf-

ten Praxis, die gewöhnlich den Prozeßordnungen selbst, wenigstens den bessern, fremd sind, abschneiden kann.

Bekannt ist ferner, welcher Mißbrauch hin und wieder mit dilatorischen Einreden getrieben wird, und wie auch dadurch die Prozesse oft verwickelt und verlängert werden. Aber auch hier kann der Richter bei zweckmäßiger Anwendung seines Prüfungsamts den Verschleppungen vorbeugen, indem er die Anstände rechtzeitig zu beseitigen sucht, welche zu verzögerlichen Ausflüchten Anlaß geben. Die Mittel zur Verhütung dieses Mißbrauchs sind ihm sowohl gemeinrechtlich, als durch Partikulargesetze schon gegeben, sie brauchen nur recht verstanden, vor allen aber angewendet zu werden.

## §. 2.

Der rechtliche Anspruch, der in einem Prozesse geltend gemacht werden will, kann widersprochen seyn, indem entweder die demselben zum Grunde liegenden Thatsachen, oder die rechtliche Folgerung daraus, oder beides, die Thatsachen und die Folgerung, in Abrede gestellt werden. Es können aber die Behauptung des Einen und der Widerspruch des Andern nach zwei verschiedenen Richtungen sich begegnen: in Beziehung auf das behauptete und angefochtene Recht selbst, aber auch in Beziehung auf die Art und Weise seiner Geltendmachung vor Gericht im Wege der Prozeßführung. Der Beklagte kann nicht nur dem von dem Kläger behaupteten Recht selbst, sondern er kann auch widersprechen, daß er 1) vor diesem Richter, 2) diesem klagend aufgetretenen Gegner, 3) in der Art, wie er gegen ihn aufgetreten und sein Recht geltend zu machen gesucht hat, — überhaupt oder wenigstens zur Zeit und bis die Bedenken gehoben sind, Rede und Antwort zu geben verbunden sey, und diese Weigerungsgründe können von der Erheblichkeit seyn,

daß vor deren Beseitigung über das verfolgte Hauptrecht selbst zu streiten, entweder zwecklos, oder doch zweckhinderlich, oder zum wenigsten dem rechtlichen Interesse des Beklagten nachtheilig seyn könnte *a*).

Jedem Rechtsstreit und allen dabei von dem Kläger angriffsweise oder von dem Beklagten zu seiner Vertheidigung etwa gegenangriffsweise gemachten Behauptungen liegen Thatsachen zum Grunde, über deren Wahrheit oder Unwahrheit der Gegentheil gehört, auf die er sich erklären oder einlassen muß, damit der Richter, was hiervon anerkannt oder widersprochen ist, also den eigentlichen Stand des Streits erkenne. Ferner kann einem Angriffsmittel, — es sey von dem Kläger oder von dem Beklagten, von diesem als indirectes Vertheidigungsmittel, gebraucht, — und den zu dessen Begründung gemachten Behauptungen möglicherweise auf zweierlei Art abwehrend begegnet werden: theils durch Widerspruch (negative Einlassung) theils durch einen Gegenangriff (Einrede, Exception *b*). Mit diesem Gegenangriff wird es dann in dem Verfahren wieder eben so gehalten, wie mit dem ersten Angriff. Auf die Einrede des Beklagten folgt nämlich von Seiten des dießfalls nun in die Rolle eines Angegriffenen tretenden Klägers, wenn er den Grund der Einrede nicht anerkennt, entweder ein bloßes Widersprechen der zur Begründung der Einrede angeführten Thatsachen (eine negative Einlassung) oder zugleich eine (Gegen-) Einrede (Replik),

---

*a*) Man denke in der letzten Beziehung nur an die Einrede der mangelnden Kostencaution.

*b*) Durch den Gegenangriff des Beklagten mittelst Einreden wird nur Abwehrung des klägerischen Anspruchs, also bloß Befreiung von der Klage beabsichtet. Soll der Kläger der Hauptsache nach auch verurtheilt werden, so ist eine Widerklage nothwendig.

es sey nun eventualiter als subsidiäres, — oder auch neben der etwa vermüssigten affirmativen Einlassung als einziges Abwehrungsmittel. Durch diese Replik soll denn eben so, wie bei der Klage durch die Exception der Folge begegnet werden, die entstehen würde, wenn der Angegriffene (hier der Kläger) die factischen Umstände, worauf der exceptivische Gegenangriff gebaut ist, nicht widersprechen könnte, und ohne ein Gegenangriffsmittel geltend machen zu können, sein Heil etwa nur darin suchen könnte, daß aus den zugestandenen Thatsachen das gegnerisch behauptete Recht nicht folge. Das Nämliche gilt dann auch von dem replicativischen Gegenangriff, dem ebenfalls mit Einlassung begegnet werden muß, und mit Einreden (Dupliken) begegnet werden kann u. s. w. Es versteht sich von selbst, daß hier überall Rücksicht auf die s. g. Eventualmaxime oder auf die Ordnung zu nehmen ist, wornach jede Partei alle Angriffs- und Vertheidigungs-Mittel, die sie in diesem Prozesse brauchen will, auf einmal, nicht successiv geltend zu machen hat, selbst wenn davon nur unter gewissen Umständen und Ergebnissen eigentlich wirksamer Gebrauch zu machen wäre. Indessen muß dabei allerdings immer vorausgesetzt werden, daß zu diesem eventuellen Gebrauche von dem Gegentheil in dem Verfahren irgend Anlaß gegeben ist. Denn Streitbehelfe zu anticipiren, ist weder räthlich noch gesetzlich vorgeschrieben, worauf sich die bekannte Regel gründet, daß die Replik nicht schon in der Klage vorzubringen sey, — eine Regel, die übrigens eine Ausnahme leidet, wenn der Klagesteller eine Einrede zu besorgen hat, die ohneweiters die Zurückweisung der Klage zur Folge haben könnte, wenn ihr der Kläger nicht vorbaute c).

---

c) Claproth's ord. Prozeß Th. II. §. 113d. Bayer's Vorträge über den Civilprozeß S. 217.

Bisweilen kann dergleichen Anticipation schon durch die Nothwendigkeit einer vollständigen Begründung der Klagschrift geboten seyn.

## §. 3.

Wenn von dem Beklagten in seiner Antwort die Klage lediglich zugestanden, mithin nicht nur die Geschichtserzählung, sondern auch die daraus gezogene Folgerung, somit auch das Klagpetitum seinem ganzen Inhalte nach, folglich sowohl in Ansehung der Haupt- als der Nebenansprüche *d)* für richtig anerkannt wird, so ist von keinem Prozesse mehr die Rede. Der Beklagte, der schon bei der ersten Antwort auf die Klage alles zugesteht, was von ihm gefordert wird, erscheint, möchte man sagen, als confessus in jure — im ersten Stadium der rechtlichen Verhandlung —, und da er sich gleichsam selbst verurtheilt, so bedarf es eigentlich weiter keiner Handlung von Seiten des Richters mehr. Weil dieser indessen einmal angegangen ist, so erscheint es in der Ordnung, daß er die Parteien nicht ohne weiters von sich läßt, sondern, um das nun berichtigte Rechtsverhältniß gegen künftige Zweifel und neue Irrungen sicher zu stellen, eine genau

---

*d)* Bisweilen ereignet es sich, besonders wenn der Prozeß mit rechtsunkundigen Parteien allein instruirt wird, daß der Beklagte gegen die ganze Klage nichts einzuwenden hat, aber die Verbindlichkeit der Uebernahme der verursachten Kosten nicht anerkennt, weil er, — ohne eigentlich die Einrede einer Pluspetition rechtlich geltend machen zu können, — schlechthin vorwendet, daß es der Klage nicht bedurft hätte, indem er sich der Befriedigung des Klägers eigentlich nicht geweigert habe, und was dergleichen oft sehr unpassende Ausflüchte mehr sind. Sind die Parteien nicht zu vereinigen, der Beklagte auch nicht zu bedeuten, so ist die Klage wenigstens nicht vollständig anerkannt, und es muß über den bestrittenen Punkt nach kürzlicher Erörterung der Umstände rechtlich erkannt werden.

bestimmende Erklärung darüber abgibt. Er spricht nämlich durch ein Decret (s. g. Agnitions-Resolution) aus, was nunmehr der Beklagte seinem Anerkenntniß zu Folge dem Kläger zu leisten habe.

Erkennt der Beklagte den klagbar gemachten Anspruch nicht an, so kommt es nun erst zum eigentlich rechtlichen Verfahren vor Gericht; der Beklagte läßt sich auf die Klage ein, er contestirt litem. Von einer Litiscontestation auch da zu sprechen, wo der Beklagte die ganze Klage zugesteht, ist daher dem Wortbegriff, sowie dem Wesen der Sache entgegen *e*); denn mit der bloßen, auch generell gefaßten, Antwort ist hier der Streit zu Ende. Das mit der Streiteinlassung eintretende rechtliche Verfahren nimmt in der Regel eine zweifache, successiv sich äußernde Richtung, deren erstere dahin geht, dem Richter die factischen Umstände, worauf sich die Angriffs- und Vertheidigungsgründe stützen, vorzulegen, die andere aber, den Richter von der Wahrheit der Thatsachen, sofern sie widersprochen sind und auf die Entscheidung Einfluß haben, zu überzeugen. Demnach wird

I. dem Richter der Stand des Streits dargelegt, nämlich einer Seits das Begehren des Klägers mit den zu dessen Begründung dienen sollenden thatsächlichen Umständen; anderer Seits die Erklärung des Beklagten hierauf, was derselbe nämlich hievon einräumt oder widerspricht, und was er etwa sonst, besonders wenn er die von dem Kläger vorgebrachten Thatsachen nicht in Abrede zu stellen vermag, zu seiner Vertheidigung vorzubringen hat. Beides macht die Litiscontestation im weitesten und ältern Sinne des Wortes aus *f*), die

---

*e*) Bayer's Vorträge S. 244. Bethmann-Hollweg Handb. des Civilprozesses I. Seite 261.

*f*) — cum lis fuerit contestata post narrationem propositam et

Befestigung des Streitstandes durch das Vorbringen des klagend Aufgetretenen und die Erklärung des Beklagten darauf, die „Kriegsbefestigung", oder wenn man so sagen will: eine Feststellung des Status causae et controversiae, mit einem Worte: das Ganze des Angriffs und der Vertheidigung dagegen. In diesem Sinne gehören zu der Litiscontestation auch die Einreden. In der besondern und zugleich jetzt gewöhnlichen Bedeutung des Worts versteht man aber unter der Litiscontestation oder Streiteinlassung die kategorische Erklärung des Beklagten, der sich dem Klagbegehren nicht fügen will: was er von dem Vorbringen in der Klage, besonders an Thatsachen, daneben aber auch zugleich an den daraus gemachten rechtlichen Folgerungen zugestehe oder widerspreche. In dieser Rücksicht ist die L. C. der erste Vertheidigungsweg, sofern nämlich als hier der Beklagte der Klage durch Widerspruch der zu ihrer Begründung angeführten Thatsachen begegnen kann. Der zweite Vertheidigungsweg öffnet sich mit den etwaigen Einreden. Diese Einreden sind es nun, welche hauptsächlich die Grundlage des weitern Verfahrens in wechselnden Sätzen ausmachen, so wie das Ganze unter dem Ausdruck: erstes Verfahren begriffen wird. Finden daher Einreden nicht statt, so schließt das erste Verfahren eigentlich schon mit der Antwort auf die Klage, wie hernach näher gezeigt werden soll. Es soll aber auch

II. dem Richter die juristische Ueberzeugung von der

---

contradictionem objectam. L. 14. §. 1. C. de judiciis (3, 1.) Die L. C. galt als Bilateralcontract, und noch die C. G. O. von 1500. XII. §. 2. spricht von dem Krieg, der von beiden Theilen befestigt ist. Daher auch der Ausdruck L. C. affirmativa actoris im ältern Reichsprozeß. Seyfart's deutscher Reichsprozeß, Cap. VII. §. 2. Hoffmann's deutsche Reichspraxis Th. I. §. 326.

Wahrheit der behaupteten, aber widersprochenen Thatsachen, soweit sie erheblich sind, gewährt werden. So folgt denn, wofern diese Absicht nicht schon bei dem ersten Verfahren (durch Beweisanticipation) erreicht worden, das zweite oder Beweisverfahren, und beide machen das Verfahren erster Instanz aus. Das erstere (ad I.) ist in jedem Prozeß unbedingt nothwendig, das Beweisverfahren nur dann, wenn Thatsachen bestritten und diese erheblich sind. Hier soll nur von dem ersten gehandelt werden.

## §. 4.

Der klägerische Angriff macht den ersten, die Vertheidigung des Beklagten den zweiten wesentlichen Theil des der Darlegung der Streitmaterialien gewidmeten Verfahrens aus. Die Vertheidigung oder die Antwort auf die Klage kann aus folgenden Bestandtheilen bestehen, die jedoch bis auf einen (ad 2.) nur zufällig solche sind:

1) aus verzögerlichen Einreden;

2) aus der Einlassung auf die Klage oder der Litiscontestation im eigentlichen Sinne, womit der Beklagte zu erkennen gibt, was er an den thatsächlichen Anführungen des Klägers, dem sogenannten historischen Klaggrund, einräumt oder widerspricht, und zwar auf jeden einzelnen Umstand mit einfachem Ja, oder Wahr, oder Gestehe, oder mit einem eben so einfachen Nein, oder Nichtwahr, oder Widerspreche; — „ohne Anhang", d. h. es soll seine Einlassung klar und lauter und ohne Beimischung von Umständen seyn, wodurch das contestirte klägerische Factum nur unter Modificationen als bejahet oder verneint angenommen werden dürfte. Für die ausführlicheren Berichtigungen des Klagfactums, wo dergleichen etwa erforderlich sind, ist

3) eine von dem Beklagten zu gebende berichtigte

Geschichtserzählung bestimmt. Der Beklagte läßt es nämlich gewöhnlich nicht dabei bewenden, auf das Vorbringen des Klägers, — gleichsam wie bei den ehemaligen Responsionen auf die von dem Kläger gestellten Artikel, — bloß ja oder nein zu sagen, sondern er erzählt, wo dazu Anlaß gegeben ist, wie sich die Sache anders und eigentlich verhält, zu welcher Berichtigung ihn auch der J. R. A. verpflichtet. Da sich der Kläger zu bemühen pflegt, von dem Factum nur so viel zu erzählen, als ihm gutdünkt, das wahre Verhältniß aber, soweit es ihm ungünstig ist, möglichst verschleiert und verschraubt darzustellen, so ist leicht einzusehen, daß mit einem bloßen Ja oder Nein das Ganze der Angriffs- und Vertheidigungsbehelfe sich oft nur sehr unvollständig und fragmentarisch darstellen würde, und daß also auch in so fern der R. A. mit der angeordneten Berichtigung der Geschichtserzählung von Seiten des Beklagten der Erkennung des Sach- und Controversstandes wesentlich genützt hat. Diese Berichtigung des Klagfactums ist aber nichts anderes, als eine negative Litiscontestation, weßhalb nicht dem die Geschichte verändert vortragenden Beklagten, sondern dem Kläger der Beweis obliegt: daß sich das Factum so verhalte, wie er angegeben, während der Beklagte, wenn es nöthig ist, den Beweis des Andersseyns nur im Wege der Gegenbeweisführung zu liefern hat, es sey durch den Beweis des geraden Gegentheils des klägerischen Beweissatzes (natürlicher, directer Gegenbeweis) oder indem er Umstände glaubhaft darthut, woraus jenes Gegentheil mittelst Schlußfolgerungen hervorgeht, (künstlicher, indirecter Gegenbeweis) mit welch letzterem der uneigentlich auch so genannte Einredenbeweis nicht zu verwechseln ist g).

---

g) Wenn schon beide darauf abzielen, dem Beweise des Klägers,

Ehedem und vor noch nicht gar langer Zeit bezeichnete man alles Vorbringen des Beklagten außer der beinahe auf das bloße Ja- oder Neinsagen beschränkten L. C. mit dem Namen **Einreden**, wodurch man ohne Noth eine Anomalie herbeiführte, indem man den Beklagten, der doch in der Regel den Beweis seiner Einreden führen muß, von dem Beweise **dieser** Einreden als s. g. **negativer** frei ließ. Man fingirte für die beklagtischer Seits verändert vorgetragene Geschichtserzählung eine generelle peremtorische Exception: rei non sic sed aliter gestae, um der Verlegenheit abzuhelfen, jene in dem, auf bloße einfache Litiscontestation und Einreden beschränkten Vertheidigungs-System unterzubringen. Diese generelle Exception gehört aber so wenig als die speciellen negativen Einreden: namentlich non adimpleti contractus, die (intra biennium vorgeschützte) exc. non num. pec. unter die eigentlichen Einreden, sondern in das Gebiet der Litiscontestation; es sind negative Einlassungen auf Umstände, die zur Entstehung des Klagerechts nothwendig sind, die daher der Kläger zur Begründung seiner Klage hätte anführen sollen, es aber unterlassen hat, weßhalb sie der Beklagte als angeführt betrachtet und negirt.

4) Auch einer Vertheidigung durch **Deduction** kann sich der Beklagte bedienen, wenn er den Mangel an Folgerichtigkeit in dem Klagwerk seines Gegners, die Feh-

---

überhaupt des Angreifenden, Wirkungen und Erfolg zu entziehen, (**Martin's** Lehrbuch §. 135.) so weichen sie doch wesentlich von einander ab. Der Gegenbeweis wird bloß vorbehalten, der Einredenbeweis auferlegt. Nur gegen jenen findet die Regel: reprobatio reprobationis non datur Anwendung, nicht gegen diesen. Wider den geführten Beweis findet reprobando keine Eideszuschiebung statt, (cap. 2. X. de probat. 2, 19.) wohl aber kann sich derselben zum Beweis der Einreden bedient werden. Auch bei dem Antreten und bei der Collision zwischen den Beweismitteln zeigen sich Verschiedenheiten.

lerhaftigkeit des Klagsyllogismus, zu zeigen sucht. Er kann nämlich darzuthun suchen, daß aus dem Obersatze (Rechtssatz) und aus dem Untersatze (Factum) der Schlußsatz (das Petitum) nicht folge *h*). Diesen Mangel an logischer Consequenz hätte eigentlich, vorausgesetzt, daß er besteht, schon der Richter rügen und die Klage sofort zurückweisen sollen. Auch diese Vertheidigungsart durch Deduction hat man sonst in die Reihe der Einreden geworfen und mit den Namen: exc. deficientis fundamenti agendi, — non competentis actionis, bezeichnet. — Ein weiteres Vertheidigungsmittel besteht

5) in der Vorschützung peremtorischer Einreden, womit der Beklagte ein mit dem klagbar verfolgten Recht des Klägers collidirendes, also selbstständiges, Recht behauptet, und entweder dem an sich als richtig anerkannten Klagrecht schlechthin und pure, oder im Falle der Nichtanerkennung eventualiter entgegensetzt, damit aber in das Verhältniß eines Gegenangreifenden mit der rechtlichen Folge der ihm obliegenden Beweislast tritt.

Endlich kann dem Beklagten daran liegen, nicht bloß und allein den Anspruch des Klägers, mit den bisher recensirten Mitteln abzuwehren, sondern selbst einen solchen gegen den Kläger geltend zu machen. Dieß geschieht

6) mittelst der Widerklage, womit der Reconvenient, außer dem, daß er a) von der Klage freigesprochen zu werden verlangt, auch wegen eines eigenen hauptsächlichen (also nicht bloße Nebensachen, wie Prozeßkosten und Schäden, allein bezielenden) Anspruchs die Verurtheilung des Klägers beabsichtet, oder auch b) falls

---

*h*) Daher folgt aus einem in contumaciam angenommenen Zugeständniß des historischen Klaggrundes allein bekanntlich noch keineswegs das Zugeständniß des Klagzwecks oder des diesen ausdrückenden Gesuchs.

er den Klaggrund nicht zu widersprechen vermag, doch seinen Gegenanspruch, soweit dieser nicht durch Compensation mit der klagbar gemachten Forderung zu decken ist, geltend zu machen sucht. In der letztern Beziehung geht des Beklagten Absicht dahin, daß der Kläger in den Ueberschuß nach Abzug seiner Forderung condemnirt werde.

Bei der Betrachtung dieses Defensionalsystems ist noch in Ansehung der Einlassung (ad 2.) Einiges zu erinnern. Der Beklagte soll, „ohne Anhang" litem contestiren. Dieß ist rechtverstanden auch ganz richtig. Zwar soll der Beklagte nach dem J. R. A. §. 37. nicht dabei es bewenden lassen, nur anzugeben, was er von dem factischen Vorbringen des Klägers als wahr oder unwahr erkennt, sondern im letztern Fall auch sich vernehmen lassen, wie sich die Sache allenfalls anders verhalte und zwar sogleich im ersten Termine, mithin in seiner Klagbeantwortungsschrift. Dieß soll er aber nach der Lehre der Practiker nicht „anhangsweise" thun, sondern die seiner Meinung nach richtige Geschichte der Einlassung folgen lassen. In der Regel ist dieses auch nothwendig, um keine Verwirrung zu veranlassen, und besonders nicht durch Einmengung zerstörlicher Einreden die klare Uebersicht der Vertheidigungsbehelfe zu stören. Der Beklagte soll vor allen, was er an den Thatsachen der Klage gestehe oder läugne, deutlich, bestimmt und mit einfachen kurzen Worten erklären; er soll, wie das Gesetz vorschreibt, auf das Klagvorbringen „kurz und nervose, auch unterschiedlich" (specifice — also auch, wo es nöthig ist, mit Trennung und Zergliederung des klägerischen Vorbringens in einzelne Sätze) antworten, nicht mit einem Aber oder Sondern: „Beklagter sey zwar des Titius Erbe geworden, aber er habe die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventariums angetreten;" — er habe das Haus des Sempronius nicht geerbt,

sondern gekauft" u. s. w. Die Modificationen der Antwort gehören, wie gedacht, in die Geschichtserzählung, wie sie sich nach der Meinung des Beklagten verhält, oder auch zu den zerstörlichen Einreden. Allein dieses ohne Anhang litem Contestiren darf nicht in der crassen Bedeutung genommen werden, als ob der Beklagte auf die einzelnen Punkte gar nichts weiter als nur ja oder nein sagen dürfte; vielmehr würde es, abgesehen auch von stylistischer Härte, oft schon der natürlichen Ordnung und den Gesetzen des vernünftigen Denkens zuwiderlaufen, wenn der Beklagte einen nur unter Einschränkungen richtigen Satz als unwahr erklären und erst hinterher außer Verbindung die Umstände angeben müßte, unter welchen der Satz gleichwohl wahr sey. Mit dieser formularmäßigen Strenge könnte der Sache eher geschadet als genützt werden; der Beklagte könnte bei jener steifen speciellen Beantwortungsmethode leicht zuviel verneinen, nur um von seinen behaupteten Modificationen nichts zu vergeben.

## §. 5.

Die Vertheidigung des Beklagten kann in einem bloßen Verneinen des Klaggrundes bestehen; doch besteht sie — außer den Fällen, in welchen zugleich von den vorhin unter 3. 4. und 6. aufgeführten, und wie gedacht, nur seltener eintreffenden Defensionalmomenten Gebrauch zu machen ist, — gewöhnlich in der Verbindung mit Einreden, oder in der Anführung von Umständen, die für sich selbst Vertheidigungsgründe ausmachen, und gewissermaßen gegenangriffsweise geltend gemacht werden. Sie sind das einzige Vertheidigungsmittel, wenn der Beklagte den historischen Klaggrund einräumen muß, und dieser sonst seinem Zweck entspricht, also daß aus den Thatsachen das wirklich rechtlich folgt, was der Kläger damit intendirt. Hätte der Beklagte nicht die Ein-

rede der Compensation, er müßte die eingeklagte Forderung bezahlen, da er deren Bestehen nicht läugnen kann.

Der Gegenangriff oder die Einreden des Beklagten sind wie gedacht die Grundlage des weitern Verfahrens nach der Antwort*) auf die Klage, indem sie eine Einlassung von Seiten des nun in die Rolle des Angegriffenen tretenden Klägers („reus excipiendo actor est") provociren. Mit dieser Einlassung des Klägers auf die Einreden kann, analog der Einlassung auf die Klage, ein neuer Gegenangriff verbunden seyn (per replicationem), worüber denn wieder der Angegriffene, hier der Beklagte, mit seiner Vertheidigung durch Einlassung und allenfalls durch Einreden (duplicae) gehört werden muß. So entstehen nach den Umständen die bekannten 4 Sätze des ersten Verfahrens: Klage, — Antwort (mit Einlassung und Einreden), — Gegenantwort des Klägers (mit Einlassung und Einreden, replicae), — Gegenantwort (Duplik) des Beklagten. Besteht diese Duplik nicht in bloßer Einlassung auf die Repliken, sondern zugleich in Einreden gegen diese Repliken d. h. in eigentlichen Dupliken, so muß folgerichtig noch ein fünfter Satz, eine Triplikhandlung, zur Erklärung auf die Dupliken oder zur Einlassung darauf folgen, und wenn dabei wieder Einreden (Tripliken) gebraucht werden sollten, nach der Analogie und der Forderung des vollständigen rechtlichen Gehörs, noch ein sechster oder eine Quadruplik. Es sind aber alle Sätze außer der Klage und der Antwort darauf, so weit diese in Einlassung besteht, wie aus dem Gesagten er-

---

*) Der Ausdruck: „erste" Antwort auf die Klage, den man öfters gebraucht, ist unrichtig. Es gibt nur Eine Antwort auf die Klage; mehr als Eine anzunehmen, führt zu Irrthümern und Verwirrungen. (Vergl. das unten §. 11. n. 12. Gesagte.)

hellet, keine wesentlich integrirende Theile des ersten Verfahrens, sondern Replik, Duplik u. s. w. sind nur bedingungsweise solche, da auch eine Klagbeantwortung ohne Einreden statt finden kann, in diesem Fall aber Repliken, folglich auch Dupliken nicht Platz greifen.

## §. 6.

Da jede Vertheidigung schlechthin durch Verneinung des angriffsweise Behaupteten, aber auch durch Gegenbehauptungen in Form von Einreden (Exceptionen, Repliken, Dupliken u. s. w.) geführt werden kann, so kommt

A) zuvörderst die erstere Art der Vertheidigung in Betrachtung, also bezüglich auf die Klage diejenige, welche durch Verneinung der, zur Begründung des klägerischen Angriffs behaupteten Thatsachen erfolgt, was denn hiernächst auch von den Exceptionen, Repliken u. s. w. gilt. Der Angegriffene, hinsichtlich der Klage der Beklagte, kann negative litem contestiren, indem er

a) die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen in Abrede stellt;

b) indem er die Folgerung daraus widerspricht, (vergl. §. 4. n. 4.) es sey *α*) neben der negativen Einlassung [mithin eventualiter: „es ist nicht wahr, was „der Kläger behauptet, wenn es aber auch wahr wäre, „so würde daraus nicht folgen, was derselbe daraus „folgert",] oder auch *β*) neben einer affirmativen Litiscontestation: „es ist zwar wahr, daß ꝛc., es folgt aber daraus nicht, daß ꝛc."

c) indem er die angeführten Thatsachen und zugleich die Folgerung daraus verneint.

B) Der Beklagte *k*) pflegt sich nicht damit zu begnü-

---

*k*) Was hier von dem Beklagten gesagt wird, gilt von jedem auch

gen, das zur Begründung der Klage angeführte Factum bloß zu widersprechen. Entweder ist es an sich nicht zu widersprechen, oder es liegt ihm überhaupt an einem verstärkten Abwehrungsgrund. Er bedient sich daher, wenn ihm sonst dergleichen zu Gebote steht, eines zweiten Vertheidigungsmittels, der Einreden, und zwar sofern als ihm nicht bloß um eine zeitige Befreiung von dem Anspruche zu thun ist, der s. g. zerstörlichen (sprachrichtiger wohl: zerstörenden) Einreden. Er macht nämlich Umstände geltend, die für sich selbst, auch abgesehen von dem etwaigen Ungrund des factischen Vorbringens in der Klagschrift, den gegnerischen Anspruch aufheben. Mit diesen Einreden tritt er in das Verhältniß eines Angreifenden, oder Gegenbehauptenden, was für seine, des ursprünglich Angegriffenen, nunmehrige Stellung bezüglich auf die Beweislast sehr folgenreich ist. Denn nach dem Satz: qui excipit, probare debet, muß der Excipient und so denn auch der Replikant, Duplikant, den Beweis seiner Einrede (Replik, Duplik) übernehmen, was jedoch nur als die Regel gilt, die freilich nicht schlechthin und ausnahmslos als erschöpfend anzunehmen, daher auch nicht ohne weiters als Maßstab der richterlichen Entscheidung über die Beweislast diensam ist *l*). Indem also der Beklagte der Klage

---

exceptivischen, replicativischen, duplicativischen Angriff, und findet folglich auch auf den Kläger bezüglich auf die Exceptionen und Dupliken Anwendung.

*l*) So lange nicht mehr durchgreifende Regeln für die Normirung der Beweislast, vielmehr über die Ausnahme von der Hauptregel: asserenti incumbit probatio, erdacht werden, als bis jetzt geschehen, wird der Richter im gegebenen Fall oft zweifelhaft seyn. Für ihn ist dann kein weiterer Rath als den ihm Weber (über die Beweisführung S. 241.) gibt: „daß er nämlich sorgfältig die Thatsachen, welche eigentlich das Fundament des Klagvortrags, der Einreden u. s. w. ausmachen, zu bestimmen

begegnet, verbindet er die beiderlei Vertheidigungsmittel: Einlassung *m*) und Einreden. Zu dieser Verbindung ist er auch gesetzlich verpflichtet; er muß der Einlassung seine Exceptionen sofort und auf einmal anhängen, überhaupt das Ganze seiner Vertheidigung dem Gegentheil und dem Richter vorlegen *n*) und in so fern besteht allerdings noch h. z. T. die Streiteinlassung des Beklagten in der Verbindung der Einlassung im engeren Sinne mit den Einreden oder Gegenangriffen. Man könnte, wenn überhaupt etwas darauf ankäme, sagen, daß beide, L. C. und Einreden eigentlich als Motive der ganzen Vertheidigungshandlung des Beklagten erscheinen, und daß letztere ihrem Wesen nach noch jetzt in der Gestalt sich zeigt, wie vor dem J. R. A. Denn der Beklagte erklärt bald ausdrücklich mit Worten, bald durch sein Erscheinen überhaupt, daß er der Klage nicht gestän-

---

und zu unterscheiden suche, was aber freilich eine gründliche Kenntniß dessen, was der Antrag sowohl des Klägers als des Beklagten wesentlich voraussetzt, erfordern."

*m*) Wenn von der Einlassung als einem Vertheidigungsmittel die Rede ist, so kann dieß natürlich nur von der verneinenden verstanden werden. Die Einlassung an und für sich hat zunächst nur den Zweck, den Streitstand zu befestigen, oder die Gewißheit zu gewähren, worin beide Theile einig oder worin sie verschiedener Meinung sind.

*n*) So will es der J. R. A. §. 37., wenn er bestimmt: Solle der Beklagte in primo termino erscheinen, und weil er sich aus der Ladung und beigefügtem Libello auch einverleibtem Gehalt der Action auf die Sach unter währendem Erscheinungs-Termin genugsam bedenken — können, in diesem Termin auf die Klagen — — kurz, nervose und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das factum anderst als vom Kläger vorbracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Puncten mit all seinen Umständen anzeigen; wie auch, was er dabei dilatorie oder peremptorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal bei Straff der Präclusion einbringen.

dig sey, und den Antrag des Klägers nicht anerkenne, und zwar weil die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen sich nicht so, sondern anders verhielten und er auch noch einzuwenden habe, daß rc.

## §. 7.

Es können indessen Umstände eintreten, die der Prozeßführung überhaupt von vorn herein als zweckhinderlich entgegenstehen, oder die dieselbe als zwecklos erscheinen lassen; oder die Umstände können, wenn auch jene Bedenken nicht statt finden, wenigstens von der Beschaffenheit seyn, daß das rechtliche Interesse des Beklagten gefährdet seyn könnte, wenn nicht Abhülfe erfolgte. Die mit der Klagschrift begonnene Rechtsverfolgung kann

1) mit Mängeln behaftet seyn, die dem Zweck eines legalen Prozeßverfahrens hinderlich seyn würden, wenn sie nicht zu beseitigen wären. Es ist zweifelhaft, ob der angegangene Richter competent sey, der Kläger die Fähigkeit vor Gericht aufzutreten habe rc. Oder

2) die Rechtsverfolgung kann als zwecklos erscheinen; es will über eine schon ausgemachte Sache ein Streit eingeleitet werden. Endlich können

3) sonst Umstände eintreten, wornach die Prozeßeinleitung zwar weder als zweckwidrig noch als zwecklos erscheint, deren Entfernung vor der unbedingten Litiscontestation aber das besondere Interesse des Beklagten fordert; z. B. er will mit dem Kläger nicht anbinden, bis er wegen der entstehenden Kosten gesichert, bis ihm das Spolium von dem Kläger restituirt ist u. dgl.

In diesen Fällen gestatten dem Beklagten die Gesetze durch Vorschützung dilatorischer Einreden die

Verbindlichkeit der Einlassung entweder gänzlich abzulehnen, oder doch selbiger nur mit Vorbehalt der Abhülfe der Mängel sich zu unterziehen. Von diesen dilatorischen Einreden sind einige so begünstigt, daß, wenn sie begründet erscheinen, der Beklagte sich gar nicht einzulassen braucht, weil ihnen entweder nicht abgeholfen werden kann, und dann die Prozeßführung ohnehin zwecklos seyn würde, oder weil ihnen doch zur Vermeidung von Nullitäten und Formlosigkeiten vor allen abgeholfen werden muß. Diese *exceptiones litis ingressum impedientes* im weitern Sinne, (im engern werden unter prozeßhindernden Einreden nur gewisse peremtorische verstanden, wovon sogleich die Rede seyn wird,) können von der Eigenschaft des Gerichts, oder der Parteien, oder auch von der Form der Prozeßführung entlehnt seyn, und der Beklagte beabsichtet damit, ohne von materiellen Vertheidigungs-Gründen Gebrauch zu machen, bloß Freisprechung von der Instanz. Hieher gehören die forideclinatorischen und solche verzögerliche Einreden, ohne deren Beseitigung alles Verfahren nichtig seyn würde, und bei der Ungewißheit, ob denselben abzuhelfen, also auch die Einlassung billig suspendirt wird. Es gibt aber auch zerstörliche Einreden, die nach Art der verzögerlichen gebraucht werden, und bei deren Eintreten dem Beklagten die Einlassung nicht zugemuthet wird, wie gedacht prozeßhindernde Einreden in engerer Bedeutung. Die Praxis hat außer den gesetzlich als solche anerkannten exceptiones rei judicatae, transactae, seu finitae (etwa durch Eid, Entsagung, Verjährung) alle sofort liquide oder liquid zu machende peremtorische Einreden angenommen.

## §. 8.

Man müßte es für ein, über dem Organismus un-

ſerer Civilrechtspflege waltendes großes Mißgeſchick erkennen, und die Geſetzgebung könnte leicht verſucht werden, bloß die Richter zur ſtrengen Prüfung der Klaglibelle vor deren Mittheilung zu verpflichten, übrigens aber gar keine ſtreitverhindernde Einreden mehr zuzulaſſen, vielmehr von dem Beklagten ſchlechterdings die wenigſtens eventuelle Einlaſſung zu fordern, — und ſo vielleicht das Kind mit dem Bade auszuſchütten, — wenn nicht der Fall, wo von dilatoriſchen Einreden überhaupt, und von ſolchen, welche die Einlaſſung und den Prozeß hindern, inſonderheit Gebrauch gemacht wird, im practiſchen Leben ſeltener einträte, als der angehende Rechtsgeſchäftsmann nach der Theorie *o*) anzunehmen verſucht ſeyn könnte. Sucht nicht der Sachwalter des Beklagten in dem Streben nach Verzögerung der Sache und im Haſchen nach Ausbeugungen, nur um Zeit zu gewinnen, ſeine Meiſterſchaft, ſo können dergleichen bloß zeitige Vertheidigungsbehelfe nicht häufig vorkommen. Dem Beklagten wenigſtens, der irgend Vertrauen zur Gerechtigkeit ſeiner Sache faſſen darf, wird an einer baldigen Freiſprechung von der Klage mehr gelegen ſeyn, als an einer bloßen Abſolution von der Inſtanz, und ſo könnte wohl leicht die Prozeßführung den einfachen Gang annehmen, den ſie da findet, wo man mit den ſchlichten, in den Künſten der Chicane unerfahrnen Parteien allein verhandelt. Hier wird ſelten von dilatoriſchen Ausflüchten Gebrauch gemacht, oder man macht ſie in Erwartung der Abhülfe allenfalls nur nebenbei geltend, geht übrigens ſogleich in die merita causae ein. Es läßt ſich daher annehmen, daß der Fall, wo verzögerliche Einreden practiſch werden, überhaupt nur aus-

---

*o*) Vergl. Claproth's Einleit. in den ord. bürg. Prozeß Th. II. §. 137 — 140.

nahmsweise eintritt, daß ferner der Richter manchen vorbeugen, endlich daß in vielen Fällen den zu dergleichen Ausflüchten Anlaß gebenden Mängeln von kurzer Hand abgeholfen werden kann.

Der Richter kann viele verzögerliche Einreden gleich anfangs beseitigen, wenn er sein Prüfungsamt gehörig anwendet, daher vor allen seine Competenz in Erwägung zieht, die Verhältnisse der Parteien bezüglich auf ihre Streitfähigkeit, so weit ihm dieß aus der Klagschrift oder sonst aus den Akten oder der Gerichtskundigkeit zu erkennen möglich ist, sorgfältig prüft, überhaupt nur eine formell und materiell gehörig substantiirte Klage zur Beantwortung mittheilt. Läßt er dießfalls nichts fehlen, versieht er auch sonst nichts in den Formen der Ladung und der Zeitbestimmung für die Einlassung und Antwort u. dgl., so werden nicht nur die Fälle, wo der Beklagte scheinbare Gründe zur Ablehnung der Einlassung hat, seltener sich ereignen, sondern überhaupt viele durch verzögerliche Einreden herbeigeführte Erörterungen abgeschnitten werden. Die Einrede der mangelnden Legitimation zur Sache oder zum Prozeß, der unrichtig gewählten Prozeßart, der inepten Klagcumulation, die exc. obscuri libelli und eben so die exc. plus petitionis tempore vel loco, wenn sie aus den der Klage beigefügten Urkunden erhellt, enthalten in der Regel eben so viele Vorwürfe gegen den sein Prüfungsamt vernachlässigenden Richter, als die Einreden des zu enge angesetzten Termins, oder der nicht vollständig geschehenen Klagmittheilung zu erkennen geben, daß bei der Expedition und Insinuation der Ladungsdecrete ein Versehen begangen worden, welches freilich die gehörige Einlassung hindert, dem aber auch auf gehörige Anzeige des Beklagten ohne Weitläufigkeit abgeholfen werden kann. Wo dieß anders gehalten wird, mögen die Prozesse recht

gut als Muster für den Vortrag der Lehre von dilatorischen und prozeßhindernden Einreden, und zum Gebrauche bei einem juristischen Practicum dienen, den Parteien aber, besonders dem Kläger, und der Gerechtigkeit ist damit nicht gedient.

Erscheinen also die Umstände, die eine formgerechte und dem Zwecke des Verfahrens entsprechende weitere Einleitung der Sache in den Prozeßweg hindern möchten, schon aus dem Klagvortrage, so wird der Richter nicht erst abwarten, ob der Beklagte darauf forideclinatorische oder sonstige dilatorische Einreden zur Ablehnung der Einlassung gebrauchen werde, sondern er wird, um sein Prüfungsamt pflichtmäßig geltend zu machen, von selbst das Erforderliche verfügen. Ohne daher die Klagschrift dem Beklagten anders, als blos zur Nachricht *p*) mitzutheilen, wird er nach Beschaffenheit des der Vollständigkeit des Klaglibells entgegenstehenden Mangels die Rüge durch Decret in den bekannten Formeln aussprechen:

daß die Klage **allhier** (bei diesem Gericht) nicht statt finde;

oder:

daß der Kläger wegen mangelnder Fähigkeit zur rechtlichen Verfolgung des Gegenstandes der Klage damit abzuweisen;

---

*p*) Diese Nachrichtertheilung ist nothwendig; s. **Martin's** Lehrbuch §. 151. Note a. (XI. Ausgabe). Auch hat sie überall einzutreten, wo ein zur Mittheilung an sich geeigneter Schriftsatz wegen Mangelhaftigkeit dem Exhibenten zurückgegeben werden muß. Dieß fordert das Prinzip der deutschprozeßrechtlichen Oeffentlichkeit, und eine Ausnahme tritt aus leicht einzusehenden Gründen nur dann ein, wenn eine Schrift wegen injuriöser Ausfälle zur Reinigung zurückgegeben wird. **Linde's** Lehrbuch §. 198.

oder:

der Kläger habe vor allen erst seine Fähigkeit, selbstständig vor Gericht aufzutreten, darzuthun, oder dieses und jenes (was zu deren Ergänzung erforderlich) zu bewirken;

oder:

er habe zur bessern Legitimation zur Sache (active und passive) vor allen noch diesem oder jenem Erfordernisse zu genügen;

oder — sofern etwas widersinniges oder überhaupt nicht schlußgerechtes begehrt wird, oder auch aus dem eigenen Vorbringen des Klägers, namentlich aus den vorgelegten Urkunden, augenfällig eine Pluspetition erhellt, die derselbe im Klagvortrag nicht beseitigt hat, —:

daß die Klage angebrachtermaßen, — oder noch zur Zeit — nicht statt habe.

Dieses muß überall mit Anführung der Gründe wiefern und warum, geschehen, damit der Kläger bestimmt und nicht bloß in Ausdrücken, die dem Richteingeweihten mysteriös klingen, wie namentlich der Ausdruck: angebrachtermaßen q) vernehme, was den Richter bewogen, die Klage für unstatthaft oder doch nicht für gehörig substantiirt zu erkennen, oder was dieser vor Ertheilung der gebetenen Resolution eigentlich von ihm ver-

q) Diese und ähnliche bedeutungsvolle Ausdrücke stammen ohne Zweifel aus der Zeit her, wo es noch nicht gewöhnlich war, daß die Richter ihren Entscheidungen die Gründe beifügten; die gebrauchte Formel vertrat deren Stelle. Wenn nun gleich auch heut zu Tage diese Ausdrücke gerade nicht bedenklich sind, weil die den Parteien mitgetheilt werdenden Entscheidungsgründe den Schlüssel dazu liefern, so ist es doch immer besser, statt derselben gemeinverständlicher Ausdrücke sich zu bedienen, zumal da nicht die Gründe der Entscheidung, sondern diese selbst den Parteien eigentlich zur Richtschnur dienen soll.

lange. Der Richter ist zu diesen maßgebenden Beschlüssen und Verfügungen verpflichtet, aber eben deßwegen auch befugt; ohne diese Befugniß würde sein Prüfungsamt ganz bedeutungslos seyn. Daß davon nicht allenthalben gehörig Gebrauch gemacht wird, dieß ist es eben, was so viele im ersten Zuschnitte verdorbene oder in eine Menge unnützer Ausflüchte verwickelte Prozesse zur Folge hat, wo man, statt um das Recht selbst, erst um die Art der Prozeßführung streitet.

## §. 9.

Vielen dilatorischen Einreden kann von kurzer Hand abgeholfen werden, selbst solchen, die von einem die Einlassung hindernden Mangel ausgehen. Bald erfolgt die Rüge des Anstandes schon von dem Richter kraft seines Amts in Folge der Prüfung der Klagschrift; bald auf Anregung des Beklagten. Entdeckt der Richter den Mangel sofort an der eingereichten oder an der durch einen Gerichtscommissär zu Protokoll aufgenommenen Klage, so wird zwar diese dem Beklagten zur Beantwortung mitgetheilt, zugleich aber angeordnet, was zur Abhülfe zu geschehen habe, also dem klagenden Vormunde die Vorlegung seines Tutoriums, der klagenden Gemeindeverwaltung die Beibringung des Streitconsenses der Communal-Curatelbehörde, dem Sachwalter die Nachbringung seiner Vollmacht ꝛc. in einer bestimmten Frist unter einer Ordnungsstrafe auferlegt, hiernächst aber, wenn dem Erforderniß genügt ist, dem Beklagten davon nachholend Mittheilung gemacht. Diesem bleibt dann immer noch vorbehalten, die Gründe, aus welchen er *etwa sonst* sich nicht für schuldig erachtet, auf die Klage bei diesem Gericht, oder überhaupt, oder wenigstens für jetzt sich einzulassen, oder anders als nur eventualiter litem zu contestiren, in Form gerichtsablehnender, oder die Ein-

lassung hindernder, oder einfacher dilatorischer Einreden geltend zu machen. Denn immerhin können ungeachtet der von dem Richter noch so sorgfältig geschehenen Prüfung des Klaglibells doch noch hinderliche Anstände eintreten, da der Richter aus dem bloß einseitigen Vortrag der Verhältnisse in der Klagschrift oder aus sonst zulässigen Erkenntnißquellen unmöglich alle Umstände erkennen kann, die etwa eine Einrede gegen seine Zuständigkeit, oder einen Mangel in der Fähigkeit oder Legitimation von Seiten des Klägers oder des Beklagten begründen u. s. w. Auch können manche dieser Exceptionsursachen von der Art seyn, daß sie bloß die Rechte der beklagten Partei berühren, somit dem Verzicht unterworfen sind, wie z. B. die Einrede des verdächtigten Richters, oder daß sie als prozeßhindernde peremtorische Einreden der Richter nicht von Amts wegen suppliren kann, sondern abwarten muß, ob der Beklagte davon Gebrauch machen will. Macht dieser von einem Perhorrescenzgrund, oder von der Einrede des Spoliums, des Vergleichs, der Präscription keinen Gebrauch, wer könnte ihn dazu nöthigen, oder eine Ordnungswidrigkeit, oder wohl gar Nullität des Verfahrens, zu deren Verhütung der Richter allein unaufgefordert einschreiten müßte, daraus folgern?

Manchen Einreden wird auf Anregung des Beklagten ohne Weitläufigkeit abzuhelfen seyn. Ist der Termin zur Antwort zu enge angesetzt, ist die Mittheilung der Klage unvollständig geschehen, oder ist die Klagschrift dunkel, so kann auf eine kurze Anzeige des Beklagten, womit er zugleich nöthigenfalls um Termins-Prorogation bittet, der Mangel von kurzer Hand beseitigt werden, und es würde eine ahndungswürdige Verzögerungssucht verrathen, wenn der Beklagte damit bis kurz vor dem Ablaufe der Beantwortungsfrist oder bis zu der zum münd-

lichen Verfahren anberaumten Tagesfahrt warten, und dann erst seine Erinnerungen dagegen durch die dilatorischen Exceptionen: **termini nimis angusti, — non rite factae communicationis, — obscuri libelli** anbringen wollte, oder vollends erst, nachdem er wegen Nichtantwortens oder Nichterscheinens contumacirt worden. Eine dergleichen ungebührliche Verschleppung sollte immer geahndet werden, und die deßfallsige Nachsicht der Gesetze oder doch der Gerichte ist in der That eine von den Ursachen der Prozeßverzögerung, und dazu noch eine solche, die gar keinen scheinbaren Entschuldigungsgrund für sich hat.

## §. 10.

Ist durch das richterliche Prüfungsamt den Ursachen dilatorischer Einwendungen nicht abgeholfen, oder selbigen überhaupt nicht von kurzer Hand abzuhelfen, und lehnt der Beklagte die Einlassung auf die mitgetheilte Klagschrift ab, indem er

A. gerichtsablehnende oder sonst verzögerliche Einreden vorbringt, die auf die gesetzmäßige Ordnung und Rechtsbeständigkeit des weitern Verfahrens wesentlich Einfluß haben, also daß bei der Nichtbeachtung der sie veranlassenden Mängel eine Nichtigkeit des ganzen Prozesses zu besorgen wäre; oder indem er

B. prozeßhindernde peremtorische Einreden vorschützt, um dadurch desto schneller eine definitive Freisprechung von der Klage selbst, ohne sich in den von dem Kläger bezielten Prozeß einlassen zu müssen, zu erwirken; so ist das weitere Verfahren dieses:

ad A. Diese Einreden, die von der mangelnden Zuständigkeit des Gerichts, oder von einem Mangel in den Personen des Richters oder der streitenden Theile, oder des Verfahrens, mit einem Worte: von einem Defect in

der Form der Rechtsverfolgung ausgehen, und für die ganze Procedur in ihrem Fortgange präjudicirlich sind, hätte eigentlich der Richter schon bei der Prüfung der Klage berücksichtigen und ihnen abhelfen sollen, da er für die Abwendung von Formwidrigkeiten von Amts wegen zu sorgen hat. Selbst auf Umstände, die seine Person, wegen eines etwa bei dem Streit obwaltenden Privatinteresse, verdächtigen, mußte er pflichtmäßig Rücksicht nehmen und hiernach das Erforderliche von selbst veranlassen. Da er aber diese Mängel übersehen oder doch nicht für erheblich geachtet hat, ehe ihm von dem Beklagten die begründenden Data dazu geliefert worden, so schützt sie nun dieser letztere excipirend vor, damit ihnen vor allen abgeholfen und bis dieß geschehen, dem weitern Verfahren in der Hauptsache Anstand gegeben werde. Die so begründeten Einreden können nun

1) als unzweifelhaft erscheinen: der Richter ist rechtlich überzeugt, — und auf diese seine Ueberzeugung kommt es ja überall an, — daß er wirklich nicht competent sey, oder der Prozeß ist schon anderwärts anhängig, oder es treten Gründe der Recusation ein; ferner der Kläger ist als Verschwender unter Vormundschaft gesetzt und tritt doch ohne curatorischen Beistand auf; oder es mangelt an der Sachlegitimation: der Kläger hat sein Vermögen seinen Gläubigern abgetreten, es ist der Concurs darüber eröffnet, doch klagt er eine zur Concursmasse gehörige Forderung für sich ein; oder der Cridar wird von einem Gläubiger ausser dem Concurs angegriffen. In diesen Fällen wird ohne weitere Vernehmung des Klägers sofort nach §. 8. durch Decret erkannt. Der Kläger wird nämlich mit seiner Klage, wie er sie angebracht, abgewiesen, oder, was er zur Verbesserung des gerügten Mangels vor allen noch zu thun habe, bedeutet. Nur bei einer Einrede, die die Person des Richters betrifft, muß

dieser, wenn er ein Einzelrichter ist, oder wenn sonst nach Entfernung des betheiligten Mitglieds das Gericht nicht mehr vollständig besetzt wäre, den Fall der Oberbehörde anzeigen, und deren Verbescheidung erwarten, da der Richter zwar über seine Competenz, die sein Amt und jeden der es bekleidet, betrifft, nicht aber über den Grund oder Ungrund des seine Person allein angehenden Recusationsgrundes erkennen kann, indem er hier als Richter in eigener Sache erscheinen würde. In den meisten Fällen werden die angeregten Defecte von der Art seyn, daß sie entweder ohne weitere Verhandlung als begründet oder als grundlos sich herausstellen, oder daß sie nicht die Eigenschaft einlassunghindernder, sondern nur einfacher dilatorischer Einreden haben. Es dürfte daher nur ausnahmsweise

2) der Fall eintreten, wo das Gericht für nothwendig erachtet, den Kläger mit seiner Vertheidigung zu hören. Dieß geschieht wohl am zweckmäßigsten durch den Befehl,

> binnen (kurzer) peremtorischer Frist sich auf die vorgeschützten Einreden vernehmen zu lassen, oder (soweit dieß von ihm abhängt) selbigen sofort abzuhelfen.

Am zweckmäßigsten wird die Sache, statt eines, wenn auch in abgekürzten Terminen gepflogenen, schriftlichen Verfahrens darüber, sogleich auf eine summarisch mündliche Verhandlung zu Protokoll eingeleitet. Je nachdem nun durch die Vernehmlassung des Klägers oder durch seine abhülfliche Thätigkeit der gerügte Mangel beseitigt wird, oder nicht, erfolgt die richterliche Entschließung, im letztern Fall, wie vorhin ad 1.; im erstern wird, wenn der Beklagte sich nicht sofort aus eigener Bewegung zur Einlassung anschickt,

> mit Verwerfung der Einrede als einer einlassung-

hindernden demselben die Einlassung bei Strafe des Ungehorsams auferlegt und er nach Umständen in die Kosten des verzögerten Prozesses verurtheilt. Oder es wird, wenn der Defect nur die Natur eines, eine einfache dilatorische Einrede rechtfertigenden Mangels hat, neben dem Fortgang der Sache selbst diesem Mangel abzuhelfen dem Kläger aufgegeben, wie §. 9. bemerkt worden ist.

## §. 11.

ad B. Was das Verfahren bei den als prozeßhindernd gebrauchten peremtorischen Einreden betrifft, so verhält es sich damit anders. Hier handelt es sich bloß um parteiliche Interessen, nicht um Abwendung von Nichtigkeiten, wegen deren der Richter von Amts wegen einschreiten müßte. Der Kläger muß also hier immer mit seiner Verantwortung gehört werden. Es fragt sich aber vor allen, ob diese Einreden durch die von dem Excipienten bereits beigebrachten Beweismittel sich als liquid darstellen oder dafür vorläufig wenigstens anzunehmen sind; — denn wäre dieß nicht der Fall, so würden sie als prozeßhindernde sofort verworfen und der Excipient zur Einlassung mit Verurtheilung in die Kosten angewiesen werden müssen. — Ist nun ersteres der Fall, die Einreden stellen sich als liquid dar, oder es waltet wenigstens kein erheblicher Zweifel ob, daß sie ohne weitaussehende Beweisführung zur richterlichen Ueberzeugung zu bereifen seyn werden, so wird mit Suspendirung des hauptsächlichen Verfahrens, dessen Fortsetzung den Zweck, wozu jene Einreden doch dienen sollen, vereiteln würde, darüber rechtlich verhandelt. Doch muß das Verfahren über diesen Präjudicialpunkt seiner Natur nach kurz, daher summarisch seyn. Die Exceptionsschrift wird also dem Kläger mitgetheilt und ein Termin zur protokollarischen Ver-

handlung mit Vorladung beider Theile anberaumt. Das Ergebniß kann nun folgendes seyn:

1) Der Kläger erkennt die Einreden als richtig an, gesteht also das Factum, worauf sie sich gründen, schützt auch keine Gegeneinreden oder Repliken vor. — Hier wird ohne weiters nach dem Antrage des Beklagten erkannt und es bedarf keines weitern Verfahrens in der nun zugleich erledigten Hauptsache mehr.

2) Der Kläger erkennt die Statthaftigkeit der Einrede nicht an, indem er zwar die Thatsachen, womit sie begründet werden wollen, einräumt, jedoch Repliken vorschützt: er setzt der Einrede des Vergleichs die Replik des Betrugs entgegen ꝛc. — Ist diese Replik durch gegnerisches Anerkenntniß oder durch Beweis sofort liquid, und sonst von der Relevanz, daß sie auch die liquide Einrede entkräftet; so ist der Beklagte schuldig, nunmehr in der Hauptsache sich einzulassen und er muß nun suchen, von den bei dieser etwa sonst noch zulässigen Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen; denn die elidirte prozeßhindernde Einrede ist nun freilich auch in der Eigenschaft einer einfach peremtorischen nicht mehr zu gebrauchen.

3) Läßt sich der Kläger auf die Einreden negativ ein, schützt aber Repliken vor, die jedoch nicht liquid sind; so bedürfen hier Exceptionen und Repliken des Beweises. Jene werden wenigstens nicht durch Urkunden oder Akten ausser Zweifel seyn, da, wenn dieß wäre, der Kläger kaum wagen dürfte, das Daseyn der so begründeten Einreden zu läugnen. Hier wäre somit eigentlich auf Beweis der Einreden und der Repliken, wenigstens auf ergänzenden bezüglich auf die erstern zu erkennen, und sofern das Resultat den Richter nicht befriedigte, noch auf einen nothwendigen Eid, den dann zuvörderst der Replikant, da dessen Replik die selbst vollständig erwiesene Einrede zerstören würde, abzuleisten hätte. Allein dieses Ver-

fahren würde dem Zweck der Vereinfachung des Rechtsstreits, der durch die prozeßhindernde Einrede erreicht werden soll, geradezu hinderlich seyn, indem dadurch mit mehr oder weniger Weitläufigkeit ein doppelter Prozeß herbeigeführt werden würde. Auch wäre es immer bedenklich, auf dem hier nur anwendbaren kurzen Weg zugleich in der Hauptsache definitiv zu erkennen und den Excipienten oder Replikanten in Streitbehelfen zu verkürzen, die er allenfalls im ordentlichen Verfahren, wenigstens mit mehr Bequemlichkeit, hätte geltend machen können. In diesem Falle bleibt also nichts weiter übrig, als die prozeßhindernden Einreden für illiquid anzunehmen, dem Beklagten die wenigstens eventuelle Einlassung auf die Klage aufzugeben, und ihm zu überlassen, von jenen Einreden unter den einfach peremtorischen Gebrauch zu machen.

Bei der Behandlung dieses Präjudicialpunktes ist überall darauf Bedacht zu nehmen, daß nicht ein Prozeß in mehrere gespalten, also die den Prozeß seinem Ziele näher bringende, am Ende auch unverfängliche Litiscontestation nicht ohne Noth hinausgeschoben, auf der andern Seite aber auch nicht durch Vernachlässigung, namentlich forideclinatorischer oder sonst das Wesen der Streitführung berührender Punkte, zu Nichtigkeiten, oder auch zu Prozessen über schon abgethane Sachen Anlaß gegeben werde. Letzteres würde der Fall seyn, wenn man mit zu wenig Rücksicht auf der Einlassung mithin Einleitung eines neuen Prozesses bestünde, während darüber schon rechtskräftig entschieden, oder die Sache durch Vergleich oder sonst längst abgethan ist; ersteres, oder eine nicht zu rechtfertigende Suspension der Erörterung der Hauptsache, würde eintreten, wenn man blos im Zweifel, es möchte die Einlassung vergeblich seyn, eine Handlung unterließe, mit der jeden Falls nicht so viel Zeit ver-

loren geht, als mit einer unstatthaften Unterlassung derselben.

Da bei einfachen verzögerlichen Einreden der Beklagte ohnehin eventualiter sich einzulassen hat, so ist hierüber nichts weiter zu erinnern, als daß ihnen, sofern sie begründet erscheinen, baldthunlichst abgeholfen, und das Erforderliche deßhalb entweder in dem Decret zur Abgabe der Replik oder wenigstens in dem darauf folgenden ersten Erkenntniß angeordnet werden muß.

## §. 12.

Soviel über die Frage, wiefern durch Einreden die Einlassung auf die Klage und somit das eigentliche Beginnen des hauptsächlichen Streitverfahrens abgelehnt werden kann. Wir haben es hier so zu reden nur mit einem prozessualischen Vorpostengefechte zu thun gehabt und kommen nun zu dem eigentlichen Streitverfahren. Dieses setzt vor allen Einlassung auf die Klage, und zwar, sofern nicht das ganze Klagvorbringen zugestanden, sondern durchaus oder theilweise widersprochen werden will, durch punktenweise Beantwortung der darin vorgetragenen besonders thatsächlichen Behauptungen voraus, um dem Richter Gewißheit zu verschaffen, was der Beklagte davon zugesteht oder verneint. Diese Einlassung ist eines der Vertheidigungsmittel des Beklagten, sofern er läugnet, was wirklich nicht wahr ist und was der Kläger nicht zu beweisen vermag. Allein das thatsächliche Vorbringen in der Klagschrift kann wahr und der Beklagte doch nicht vertheidigungslos seyn, es sey, daß aus den Thatsachen rechtlich nicht folgt, was der Kläger damit zu begründen vermeint (§. 4. Nro. 4.), oder daß dem Beklagten Umstände zur Seite stehen, die das Klagrecht seines Gegners, wie sehr selbiges auch im übrigen begründet erscheint, zerstören, — peremtorische Einreden; vorausgesetzt, daß deren

Grund gegen den allenfallsigen Widerspruch des Klägers erwiesen werden kann, und selbige nicht durch Repliken entkräftet werden. Da Vertheidigungsbehelfe, die in Gegenangriffen bestehen, — Exceptionen, Repliken, Dupliken (letztere beide im eigentlichen Sinne der Worte genommen) — immer nur zufällige Erscheinungen sind, die bloß dann eine weitere Vertheidigungshandlung nothwendig machen, wenn sie eintreten, so läßt sich wohl denken, daß sich der Beklagte bloß durch negative Einlassung, oder auch bei affirmativer durch bloße Deduction vertheidigt, und daß es also keine Exceptionen, und bei diesen unter gleicher Voraussetzung keine Repliken u. s. w. gibt.

Auf diesen absolut oder nur bedingt wesentlichen Eigenheiten des Angriffs- und Vertheidigungssystems beruht das Ganze einer richtigen Beantwortung der Frage:

wie weit ist eine bestimmte Anzahl von Sätzen gleichsam als Angriffs- und Vertheidigungs-Stationen in dem ersten Verfahren wesentlich, wiefern also durch deren Verminderung eine Abkürzung dieses Verfahrens zuläßig?

Hiebei muß indessen vor allen erinnert werden, daß unser Verfahren — und dieß gilt denn vorzüglich von dem in Satzschriften, die durch Rechtsanwälte gefertigt werden —, auf bloße Darlegung und Auseinandersetzung der zum Angriff und zur Vertheidigung dagegen dienenden Thatsachen, wie in gewisser Hinsicht allerdings zu wünschen wäre, sich nicht allein beschränkt, sondern daß zugleich die Thatsachen mit den einschlagenden Rechtssätzen zu vergleichen und so durch Rechtsausführung der richterlichen Reflexion vorzuarbeiten Aufgabe der Parteithätigkeit ist. Denn wenn es schon eigentlich zum Amte des Richters gehört, die Streitfrage mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Thatumstände, deren Wahrheit und Erheblichkeit, nach den Gesetzen zu

entscheiden, und wenn man von ihm erwartet, daß er die Rechte kenne; so sind doch die Parteien bei dieser richterlichen Handlung viel zu sehr interessirt, als daß es ihnen verdacht oder auch nur für überflüssig gehalten werden könnte, wenn sie ihm die ihrer Meinung nach zu berücksichtigenden Verhältnisse näher vor die Augen zu legen sich bemühen. Dieser Umstand legt, wie sogleich bemerkt werden wird, der Vereinfachung des ersten Verfahrens durch Verminderung der Zahl der Satzschriften allerdings Schwierigkeiten in den Weg, die jedoch keineswegs unüberwindlich sind.

## §. 13.

Die hiernächst anzugebenden Regeln für die richterliche Prozeßdirection zum Zwecke der Abkürzung und Vereinfachung des ersten Verfahrens gehen von folgenden Grundsätzen aus, die zugleich als Ergebnisse der bisherigen Erörterung erscheinen.

I. Jeder Partei muß ein genügendes rechtliches Gehör, d. h. ein solches gestattet werden, welches hinlänglich ist, von den ihr zu Gebote stehenden Angriffs- und Vertheidigungsmitteln den erforderlichen Gebrauch in der rechtlichen Ordnung machen zu können.

II. Diese Forderung des Zwecks jeder rechtlichen Streitverhandlung findet ihre angemessene Grenze, nächst dem Bedürfniß für den Zweck selbst (Zweckmäßigkeit des Mittels), in gewissen gesetzlich vorgezeichneten Normen. Daher ist, außerdem daß die Parteien, damit der Prozeß nicht nach regelloser Willkühr geführt werde, zu einer geordneten Thätigkeit verpflichtet sind, jedes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ausgeschlossen, welches dem Bedürfniß nicht entspricht, mithin unzweckmäßig erscheint.

III. Alles, was Bedingung des ordnungsmäßigen Rechtsganges ist, muß der Richter bei der ihm obliegenden Prü-

fung des parteilichen Vorbringens als Leitstern seiner Thätigkeit unverrückt in das Auge fassen. Sein Prüfungsamt wird hierbei unterstützt und ergänzt durch die Thätigkeit der Parteien selbst, indem diesen gestattet ist, zur Rüge zu bringen, was er etwa seines Orts übersehen hat.

IV. Die Verhütung von Nichtigkeiten oder doch Irregularitäten, so wie von unnöthigen Prozessen ist Aufgabe des richterlichen Prozeßleitungs- insonderheit Prüfungsamts und Zweck der dilatorischen Einreden. Die Beseitigung dieser Unvollkommenheiten fordert bisweilen ein Präliminarverfahren vor der Verhandlung des Hauptstreits, daher eine Suspension der Einlassung in denselben.

V. Es darf aber nicht durch das Mittel der Zweck selbst gefährdet und eine Verlängerung des Prozesses ohne Noth herbeigeführt werden, wenn nicht sehr erhebliche Gründe zur Besorgniß, durch die Einlassung und das weitere Verfahren etwas ganz Vergebliches vorzunehmen, eintreten und die Präliminar-Verhandlung rechtfertigen. Immer nimmt aber die Gefahr eines zweckwidrigen Verfahrens größere Behutsamkeit in Anspruch, als die eines bloß zwecklosen; die Zulassung eines nichtigen Prozesses ist bedenklicher, als die eines unnöthigen *r*).

VI. Jede Klage, überhaupt jedes Angriffsmittel, daher auch jede Vertheidigung durch Einreden gründet sich auf Thatsachen, die in Verbindung mit Rechtssätzen den Angriffs- oder den zur Vertheidigung gebrauchten Gegenangriffs-Grund erzeugen.

VII. Nicht sowohl Erörterung, als vielmehr nur Bestimmung der Streitfrage durch gegenseitige Erklärung über die dem Streit zum Grunde liegenden und die Ent-

---

*r*) Auch nach dem R. A. von 1654. §. 40. sollten eigentlich bloß die gerichtsablehnenden Einreden von der eventuellen Streiteinlassung befreien.

scheidung motivirenden Thatsachen gilt als das eigentliche Ziel der Procedur in dem ersten Prozeßstadium s).

---

s) Ich muß hinzusetzen: wenigstens nach der Theorie und nach der ihr bequem sich anschmiegenden Praxis, aus welcher denn in Wechselwirkung wiederum die Theorie geschöpft und so das gemeinrechtliche Procedursystem ausgebildet hat. Nach diesem unterscheidet sich das Verfahren von dem preußischen oder der s. g. Untersuchungsmethode. Das erstere macht es nämlich zur Aufgabe des Richters, die Facta sich vortragen zu lassen, und sodann die gegnerische Erklärung darüber (Einlassung) zu vernehmen, hiernächst aber ohne weitere Theilnahme an dem zu seiner Ueberzeugung führenden Entwickelungsgang des factischen Verhältnisses, als soweit es die äußere Form betrifft, schlechthin den Beweis des Widersprochenen zu fordern. Dagegen soll der preußische Richter sich zugleich angelegen seyn lassen, durch fortgesetzte wechselseitige Vernehmung den Widerspruch im Wege des gegenseitigen Verständnisses zu heben, und so die Beweisführung wo möglich entbehrlich zu machen. Dieß ist die Tendenz der Instructions-Methode; „der Richter soll die Instruction des „Prozesses so lange fortsetzen, bis der Grund oder Ungrund al„ler dabei vorkommenden erheblichen Thatsachen hinlänglich in „das Licht gesetzt ist, oder doch alle dazu vorhandene Mittel er„schöpft sind; — dann erst soll er zur Aufnahme der Beweis„mittel schreiten.“ Preuß. allg. G. O. Einleit. §. 20. ff. Insofern nähert sich der preußische Instructions-Richter allerdings der Sphäre eines inquirirenden, doch findet überall sein Streben, wie gemeinrechtlich, seine Grenze in dem freien Verzicht der Betheiligten, so wie endlich in der Erreichung einer formalen Wahrheit, was schon das ungleich strengere Contumacialsystem als das nach gemeinem Rechte zu erkennen gibt. — Daß man übrigens auf dem Wege des preußischen Instructionsganges, unbeschadet der Freiheit der Parteien und der rechtlichen Stellung des Richters in Privatrechtssachen, dem Gebiete des wirklichen Rechts näher kommt, als auf dem Wege der gemeinrechtlichen Procedur, leidet keinen Zweifel; es ist auch diese Methode bisher mehr aus vermeintlich rechtsphilosophischen Gründen, als aus solchen, die aus dem praktischen Leben entlehnt sind, angefochten worden. Daß und wiefern beiderlei Methoden zu vereinigen, oder die gemeinrechtliche, unbeschadet ihrer wesentlichen Eigenheiten, durch einige Annährung an die preußische ver-

VIII. Rechtssätze sind, sowohl für sich selbst, als in ihrer Anwendung auf das Factische eines gegebenen Falles, nur Gegenstand der Erkenntniß des urtheilenden Verstandes, mithin deren Wahrheit und Kraft nicht Aufgabe der Beweisführung im prozeßrechtlichen Sinne, sondern der Deduction. Dieß ist auch der Fall, wo thatsächliche Erscheinungen nach ihrer Entstehung, Bedeutung und ihren Wirkungen nicht Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung, also auch nicht des Beweises durch Augenschein und was man darunter zu begreifen pflegt, oder durch Zeugnisse sind, wobei es auch nicht auf rein technisches Urtheilen, sondern lediglich auf Vernunftschlüsse, zu welchen der allgemein und juristisch gebildete Verstand fähig ist, ankommt. Hierher gehört auch die Auslegung zweifelhafter Willenserklärungen, soweit sie nicht durch die gewöhnlichen Beweismittel bewirkt oder wenigstens unterstützt wird, sondern der Sphäre logischer Demonstration anheimfällt.

IX. Es fordert aber das genügliche rechtliche Gehör der Parteien, daß sie, so wie über alles, was auf die Entscheidung der Sache Einfluß hat, auch über die, nur in den Kreis der Reflexion fallenden Momente gehört werden müssen. Daher und weil überhaupt das ganze Angriffs- und Vertheidigungs-System auf der Verbindung von Thatsachen und Rechtssätzen beruht, muß in dem ersten Verfahren auch die Rechtsausführung eine Stelle finden.

X. Jedes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel von der einen Seite ist mit der correlativen Thätigkeitsäusserung von der andern Seite für sich bestehend und hat seinen eigenen Kreis, indem es sich abgesondert bewegen muß, wenn nicht durch Ausschweifungen Verwirrungen verursacht werden sollen.

---

bessert werden könne, davon wird im folgenden Abschnitt die Rede seyn.

XI. Zugeständnisse bedürfen keiner Annahme und das einmal ordnungsmäßig Vorgebrachte keiner Wiederholung. Jedes Vorbringen gegen diesen Grundsatz widerspricht daher der Forderung der Zweckmäßigkeit (Nro. II.)

## §. 14.

Aus dem bisherigen Vortrag, und aus den eben aufgestellten Grundsätzen insonderheit, ergeben sich für das richterliche Prozeßleitungsamt folgende Regeln:

1) Der Richter hat jede Eingabe, vor allen aber die Klagschrift vor deren Mittheilung sorgfältig zu prüfen (§. 13. III.), und für die Abhelfung von Mängeln, besonders sofern sie wesentliche Punkte des Verfahrens angehen, oder Unförmlichkeiten zur Folge haben, von Amtswegen nach Möglichkeit Sorge zu tragen, und so verzögerlichen Einreden, vornämlich aber solchen, welche die Streiteinlassung verhindern, vorzubeugen.

2) Wo dieß der richterlichen Prüfung auch nicht gelingt, daher von dem Beklagten auf erfolgte Klagmittheilung zur Ablehnung der Einlassung dergleichen dilatorische oder auch dazu geeignete peremtorische Exceptionen vorgeschützt werden, ist zwar denselben nach Möglichkeit vor allen abzuhelfen und so Nichtigkeiten oder zwecklosen Prozessen zu begegnen, und es kann darüber bisweilen ein Präliminarverfahren eintreten (IV.). Bei bloßem Zweifel aber, ob nicht die Streiteinlassung vergeblich seyn möchte, ist diese zu bewirken, mit Vorbehalt der Beseitigung der Anstände im Verfahren über die Hauptsache selbst. (Grundsatz V. und §. 10.)

3) Da wo es die Vermeidung von Nichtigkeiten gilt, also bei forideclinatorischen und eigentlich dilatorischen Einreden ist mehrere Strenge nothwendig, als da, wo es bloß darauf ankommt, einen etwa unnöthigen Rechts-

streit abzuwenden, also bei prozeßhindernden peremtorischen Einreden (§. 13. V. a. E.).

4) Auch bei gemeinen dilatorischen Einreden, wenn sie begründet erscheinen, fordert der Zweck die unverzögerte Hebung der sie veranlassenden Anstände, wenigstens bis zur Fällung des Erkenntnisses in der Hauptsache, es sey dieses ein interlocutorisches auf Beweis oder ein definitives.

5) Sind die etwaigen Anstände, welche die sichere und zweckgemäße Einleitung des Prozesses und somit die Streiteinlassung von Seiten des Beklagten hindern, beseitigt, und hat dieser pure oder doch eventualiter litem, und zwar lediglich negativ contestirt, ohne zugleich peremtorische Einreden vorzuschützen, so kann in der Regel das Verfahren in der Hauptsache sofort geschlossen werden *t*). Dieß folgt aus den Grundsätzen Nro. II. und XI., da alles weitere Verhandeln keinen Zweck haben würde, indem es nur auf den Beweis des abgeläugneten Klaggrundes ankommt, auch selbst zu Rechtsausführungen weder dem Beklagten, der hiezu ohnehin die Beantwortungsschrift, besonders für das Ergebniß Nro. 7. benutzen kann, noch selbst dem Kläger wegen Einfachheit des Rechtsfalles ordentlicher Weise Stoff gegeben seyn wird. Indessen werden öfters Umstände eintreten, die eine Ausnahme von dieser Regel gebieten. Es kann nämlich

6) der Fall seyn, daß der Beklagte sich nicht damit begnügt, die zur Begründung der Klage angeführten Thatumstände bloß zu läugnen, sondern daß er eine veränderte Geschichtserzählung vorbringt, oder auch daß er das Klagfactum zwar theilweise einräumt, dasselbe jedoch in einzelnen Punkten ergänzt oder berichtigt. Denn da er nicht „anhangsweise" litem contestiren darf, so muß er die allenfalls

---

*t*) Daß diese Forderung auf einer vernünftigen Praxis beruht, vergl. Martin's Lehrb. §. 161. Note g. (XI. Ausg.).

für nöthig erachteten Limitationen und Modificationen seiner Einlassung erst nach dieser vorbringen (§. 4.). Ueber dieses nicht zu den zerstörlichen Exceptionen gehörige Vorbringen muß nun natürlich dem Kläger das Gehör gestattet werden. Es werden aber, wie oben gedacht, dergleichen Berichtigungen des Klagfactums nicht selten nothwendig, da der Kläger natürlich beflissen ist, die thatsächlichen Umstände so zu fassen und darzustellen, wie sie ihm am vortheilhaftesten sind. Je strenger es mit der Litiscontestation, also mit Ja oder Nein auf alle oft erst zu zergliedernde Theile des Factums genommen wird, um desto unvermeidlicher wird es, gewisse Nüancen aufzuklären und das in Schatten gestellte zu beleuchten. Oft wird sich der Beklagte auch veranlaßt sehen, gleichsam pro coloranda causa Umstände anzuführen, die die Behauptungen des Klägers an sich als inconsequent und unwahrscheinlich darstellen sollen. So führt z. B. der mit der actio conducti auf Gewährleistung für gewisse Mängel an der verpachteten Sache angegriffene Verpächter, indem er sich verneinend einläßt, zugleich Umstände an, die es unwahrscheinlich machen, daß dieses oder jenes fehlende Stück hätte mit übergeben werden können. Zwar gehört dieses Anführen eigentlich für den Gegenbeweis; aber da es hier auf Thatsachen ankommt, und da sich überhaupt von keiner Art des Beweises eines Factums als nothwendig reden läßt, bevor es von dem Gegner widersprochen ist, so ist nicht zu zweifeln, daß der Beklagte, was er dießfalls anzuführen weiß, gleich in seiner Antwort auf die Klage geltend machen muß.

Was hier von dem Beklagten bezüglich auf die Klage gesagt worden, gilt auch von dem Kläger hinsichtlich der Exceptionen, so wie wiederum von dem Beklagten in Ansehung der Repliken.

7) Eine weitere Ausnahme von der Regel (ad 5.) tritt ein, wenn die Sache so beschaffen ist, daß das genügliche Gehör (IX.) die Gestattung einer Rechtsausführung erheischt.

Dieß kann der Fall seyn: a) wenn der Beklagte die Folgerichtigkeit zwischen dem Klagvorbringen und dem Petitum bestreitet (§. 4. Nro. 4.), oder b) wenn es sich um die Relevanz einer, nach ihrer Wirkung in den Kreis der Reflexion fallenden factischen Erscheinung, oder c) um die Auslegung einer vornämlich schriftlichen Willenserklärung oder Urkunde (VIII.) handelt, oder d) um eine zweifelhafte Beweislast, oder endlich e) um die Anwendbarkeit eines Gesetzes. Hier tritt überall die Nothwendigkeit ein, den Kläger mit seiner Verantwortung über das gegnerische Vorbringen eben so, wie über vorgeschützte Einreden zu vernehmen, daher ihm die Beantwortung zur Gegenvernehmlassung oder ad replicandum mitzutheilen ist.

8) Aber auch ausser den erstgenannten Fällen kann dem Kläger und selbst dem Richter daran liegen, daß das, was zur bessern Begründung der Klage dient, näher beleuchtet werde, als dieß bei der eigenthümlichen Kürze der Klagschrift möglich war. In diesem, wenn schon nur ausnahmsweise eintretenden, Fall wird daher der Richter von Amtswegen, oder sofern er schon die Sache für geschlossen angenommen, daher die Beantwortungsschrift dem Kläger bloß zur Notiz mitgetheilt hätte, demselben auf Verlangen replicando eine weitere Ausführung gestatten.

9) Schützt der Beklagte neben der affirmativen oder auch negativen Einlassung zugleich zerstörliche Einreden vor, so ist die Exceptionsschrift ad replicandum mitzutheilen, d. h. neben den etwaigen Erinnerungen ad 6. und 7. hauptsächlich zur Einlassung auf die Einreden und zur Vertheidigung dagegen durch etwaige Gegeneinreden (replicae).

10) Werden keine (eigentliche) Repliken vorgebracht, so schließt mit dem Replikſatz das Verfahren, ohne daß es einer Duplik- oder Schlußhandlung bedarf; doch müs-

sen auch hier die Ausnahmen Nro. 6. flg. analog ihre Anwendung finden, sowie, wenn die klägerische Ausführung Nro 7. eine Schlußerklärung erheischt, diese dem Beklagten zu gestatten ist.

11) Werden Repliken vorgeschützt, so ist eine Duplikhandlung hier so wesentlich, als der Replikſatz bei Exceptionen. Das duplicando Angeführte kann aber bloß in Einlassung bestehen, was die Regel seyn wird, oder zugleich in eigentlichen Dupliken. Letztern Falls muß der Kläger als schlüßlich Angegriffener mit seiner Einlassung darauf triplicando gehört werden, und wenn dieser dann gegen die Dupliken auch Einreden (triplicae) vorbringen sollte, so tritt die Nothwendigkeit einer Schlußhandlung (Quadruplik) ein, alles nach Analogie der vorigen Sätze. Eigentliche Dupliken und Tripliken werden aber in dem Grade seltener vorkommen, als man es mit der Beobachtung der Eventualmaxime strenge nimmt.

12) Um zwecklose Wiederholungen sowohl, als Störungen der klaren Ansicht der Streitpunkte zu vermeiden, dürfen die verschiedenen Angriffs- und Vertheidigungs-Gänge nicht unter einander gemengt werden, also die Anführungen, die einer bestimmten Angriffs- und Vertheidigungs-Sphäre angehören, nicht in eine andere hinüber schweifen (Grundsatz X.). Der Beklagte darf also die Duplik, statt darin bloß die Replik in das Auge zu fassen, der Kläger die Triplik, statt sich bloß auf die Duplik zu beschränken, nicht dazu gebrauchen, resp. den Klaggrund und die Exceptionen zum Gegenstand weiterer Erörterungen zu machen, und so etwa das früher Versäumte unstatthafterweise einzuschwärzen. — Die Verabsäumung dieser Regel ist eine der Hauptursachen der Verwirrung und Verschleppung des Verfahrens.

13) Findet nicht ein Verfahren in Wechselschriften, sondern das mündlich protokollarische statt, so kann man-

che Vernehmlassung unbedenklich zugelassen werden, die nach den bisherigen Regeln bei der erstern Procedurart als zur unnöthigen Prozeßverlängerung gereichend ausgeschlossen seyn muß. Auch pflegt der das Instructionsprotokoll redigirende Richter schon von selbst darauf zu sehen, daß die Materialien gehörig gesondert werden und jedes an seinem Orte vorgebracht wird. Nur da, wo das Recessiren der Anwälte zugelassen ist, muß über der Beobachtung der vorigen Regel (ad 12.) festgehalten werden, und der Instruent darf nicht, wie so häufig geschieht, nur den stummen Zuhörer machen.

14) Der Richter hat strenge darüber zu halten, daß alle Thatsachen gehörig contestirt erscheinen, damit nicht Punkte zum Beweis ausgesetzt werden, die der Gegentheil, wenn man ihm zum ordentlichen Antworten angehalten hätte, gar nicht widersprochen haben würde. Hier muß allenfalls das richterliche Befragungsrecht rechtzeitig nachhelfen.

15) Wenn am Schlusse des ersten Verfahrens der Vergleichsversuch angestellt, und dabei, was schon zur zweckmäßigen Einrichtung dieses Versuchs diensam erscheint, den Parteien der eigentliche Sach- und Controversstand vorgelegt wird (diese heilsame Operation ist gemeinrechtlich nicht verboten, widerspricht nicht den Grundsätzen und Regeln des Verfahrens, ist daher dem Richter wenigstens erlaubt); so ist sich zu bemühen, wenn auch in der Hauptsache die Sühne fehlschlagen sollte, doch über gewisse streitige Punkte, die besonders eine weitläufige Beweisführung fordern möchten, ein Einverständniß unter den Streitenden zu erwirken, und auch dadurch das weitere Verfahren zu vereinfachen.

Die Richtigstellung des eigentlichen Streitstandes, so wie die Vereinfachung, und soviel dieß irgend thunlich ist, die Entbehrlichmachung der Beweisführung überhaupt sind

aber durch eine eigenthümliche Verwendung des Richters bedingt, wovon nun im folgenden Abschnitte gehandelt werden soll.

Wenn bei der bisherigen Erörterung der Verfasser von Manchem vielleicht den Tadel besorgen muß, daß er dem Leser wenig Neues sage, so könnte ihn bei dem folgenden Abschnitte leicht der entgegengesetzte Vorwurf treffen, zumal da er auch diesen Gegenstand weniger von Seiten der Rechtspolitik, als nach der bestehenden Gesetzgebung und Gerichtspraxis aufzufassen sich vorgenommen hat. Doch fürchtet er diesen Vorwurf wenigstens von denen nicht, die das Gerichtsleben und seine Bedürfnisse aus einer längern Anschauung kennen.

## Zweiter Abschnitt.

### Das civilrichterliche Untersuchungs-, oder Frage- und Aufhellungsrecht und seine Grenzen.

### §. 15.

In dem vorigen Abschnitt ist zu zeigen versucht worden, daß und wiefern das erste Verfahren in dem gemeinen deutschen Civilprozeß eine Abkürzung und Vereinfachung zulasse. Aber eine wesentliche Bedingung, unter welcher dieser Aufgabe unbeschadet der Gründlichkeit und Gesetzmäßigkeit allein genügt werden wird, ist und bleibt eine zweckgemäße Verwendung des Richters, und alle Vorschriften und Regeln für eine bessere Einrichtung des Verfahrens werden vergeblich seyn, wenn das richterliche Prozeßleitungsamt in schwache und ungeschickte Hände gelegt ist, oder nachlässig verwaltet wird.

Dieses Prozeßleitungsamt oder diejenige Function des Richters, die sich im Laufe der Streitverhandlung und für diese wirksam zeigt, nämlich in der Mitwirkung zur Herstellung des Entscheidungsmaterials, kann sich nach einer dreifachen Richtung äussern: einmal bloß für die Beobachtung des regelmäßigen Ganges des Verfahrens nach der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung; dann zugleich für Ergänzung mangelhafter Vorträge, besonders unvollständiger Einlassungen, und zwar eigentlich schon im Laufe des der Streitdarlegung gewidmeten Verfahrens selbst, durch eine sorgfältige richterliche Prüfung

jener Vorträge, oder doch noch vor der Entscheidung, mittelst des richterlichen Fragerechts; endlich — durch Geltendmachung dieses Fragerechts — für die Entwickelung und Aufklärung der bestrittenen factischen Anführungen, um wo möglich eine förmliche Beweisführung entbehrlich zu machen.

## §. 16.

I. Die ordnungsmäßige Darlegung des Streites gemäß der Prozeßvorschriften ist die erste Aufgabe der Mitwirkung des Richters, indem er dafür Sorge tragen soll, daß die Streitenden ihr Recht, es werde dieses in einem Angriffe, oder in der Vertheidigung dagegen geltend gemacht, den Regeln und Formen der gesetzlich vorgeschriebenen Procedur gemäß vorbringen. Hier liegt daher dem Richter ob, über dem regelmäßigen Gang der Darlegung der Streitbehelfe zu halten und jedes deßfallsige Hinderniß zu entfernen, damit am Schlusse des Verfahrens klar sich herausstelle, was ein Theil von dem andern fordert, und was dieser zugesteht oder widerspricht, kurz was zur Begründung oder Anfechtung des Anspruchs in facto angeführt worden. Dieß ist der Zweck des s. g. ersten Verfahrens; denn im übrigen macht man sich in diesem Stadium des Prozesses gemeinrechtlich weiter keine Sorge, ob und wiefern die vorgebrachten Thatsachen jetzt schon zur Ueberzeugung des erkennenden Richters gebracht seyen. Wenigstens pflegt sich der Dirigent des Prozesses (er leite übrigens den Prozeß bloß mittelbar durch Decrete — als Decernent, oder dem Gerichtscollegium vortragendes Collegialmitglied, Proponent, — oder aber unmittelbar durch Vernehmung der Parteien und Aufnahme ihrer Vor- und Anträge zu Protokoll, — als Instruent oder Commissarius des Gerichts) nicht viel darum zu bekümmern, sondern überläßt es dem, der

das Urtheil fassen soll, darüber, was an dem Factum nicht zu seiner Ueberzeugung gebracht ist, durch einen Vorbescheid Beweis zu fordern. Daß und wie auch des prozeßleitenden Richters Aufgabe hierin zweckmäßiger einzurichten, davon wird hernach die Rede seyn, da dieses die hauptsächliche Tendenz der gegenwärtigen Abhandlung ist.

II. So wesentlich die bemerkte Ordnung der richtigen Feststellung des Streitstandes für den Zweck der Prozeßführung ist, so ereignet es sich doch nicht selten, daß bei der Prüfung des ersten Verfahrens hierin Unvollständigkeiten sich ergeben, und daß Zweifel entstehen, es sey darüber, was eigentlich der eine Theil behauptet hat, oder darüber — und dieß ist es, was am häufigsten geschieht, — was davon zugestanden oder widersprochen worden. Diesem Uebelstande vorzubeugen, war freilich schon Obliegenheit des prozeßleitenden Richters, da er jede Eingabe vor der Mittheilung an den Gegner sorgfältig zu prüfen und darauf zur nöthigen Abhülfe das Geeignete zu verfügen verpflichtet war, so wie ihm in der Eigenschaft als Instruent bei der Verhandlung zum Protokoll nach der ihm hier obliegenden nähern Theilnahme an der Streitverhandlung jene ergänzende Thätigkeit von selbst nahe genug gelegt war. Ist dieses nun aber nicht geschehen, so wird eine eigene Thätigkeitsäußerung, bekannt unter dem Namen des richterlichen Frage- und Aufhellungsrechts, selbst nach schon geschlossenem Verfahren, wenn es nicht früher geschehen, nothwendig, damit das Zweifelhafte aufgeklärt, mit andern Worten, damit man wisse, worüber eigentlich gestritten wird.

Diese der Remedur bedürfende Unvollständigkeit des ersten Verfahrens kann bei einer im Ganzen ordnungsmäßig verhandelten Sache eintreten, denn sie zeigt sich nur in einzelnen Auslassungen. Hier ist also nicht der

Fall, wo die Klage jenes alten Practikers *a*) gerechtfertigt erscheint, wenn er sagt: „wenn eine Sache bis zum Schluß in Schriften verhandelt wird, so werden schon unwillkührlich oder auf Verlangen der Parteien ganz unerhebliche Thatsachen in die Exceptionsschrift aufgenommen. Der Replikant wird selten das Herz oder die Energie haben, dieses Geschwätz unbeantwortet zu lassen *b*), und eben darum muß das eigentliche Factum immer dunkler werden, je mehr Schriften gewechselt worden sind. Ich habe es, setzt er hinzu, bei Umformung gemeinrechtlich verhandelter Prozesse in den preußischen Instructionsgang erlebt, daß in sehr korpulenten Akten noch kein Wort über dasjenige Factum stand, welches die Entscheidung motiviren mußte." — Von diesem Fall ist hier nicht die Rede; denn es leuchtet jedem Sachkenner ein, daß und warum die Schuld eines solchen Irrsals der den Prozeß leitende Richter theilt, da er durch rechtzeitiges kräftiges Eingreifen dem Uebel vorzubeugen unterlassen hat. Bei einer so ganz unbrauchbaren Verhandlung reicht die Anwendung des richterlichen Fragerechts nicht hin, um das Versäumte nachzuholen; es wird oft nichts weiter übrig bleiben, als den ganzen Prozeß zu cassiren und wieder von vorn anzufangen.

Aber es kann, wie gedacht, eine Mangelhaftigkeit in der Darlegung der Streitbehelfe bei einer im Ganzen ordnungsmäßig gepflogenen Verhandlung sich zeigen. Es können Thatsachen darum uncontestirt geblieben seyn,

---

*a*) Bandel, in der, in der Vorrede angeführten Schrift Seite 14.

*b*) — Mancher Advocat auch wohl darum, weil sein Schriftsatz nach dem Bogen bezahlt wird, und weil nichts leichter ist, als über leeres Geschwätz weiterhin zu schwätzen, dieses aber in der Deservitenrechnung eben so erheblich erscheint als die gründlichsten Gedanken, da wo nämlich jene verkehrte Schätzungsart der sachwalterlichen Arbeiten noch im Gebrauch ist.

weil die Parteien oder ihre Sachwalter sie für unerheblich ansahen, daher stillschweigend darüber hinweggleiteten, der den Prozeß leitende Richter aber bei gleicher Ansicht von der Relevanz derselben die Erörterung nicht weiter urgirte. Nun aber werden die Akten zum Spruch vorgelegt, und jetzt findet der Urtheilsprechende, indem er tiefer in das Sachverhältniß eindringt und die Facta, und was daraus abgeleitet werden will, mit den gesetzlichen Voraussetzungen genauer vergleicht, daß jene übergangenen Umstände in der That von Einfluß sind. Auch wird es nie an den gerügten Auslassungen fehlen und Anlaß zur nähern Befragung gegeben werden, so lange es den Advocaten im schriftlichen Verfahren, also bei dem förmlichen Schriftenwechsel, oder auch bei Recessen, (die nach jener bekannten jämmerlichen Methode, welche alle Nachtheile des schriftlichen Verfahrens und beinahe keinen seiner Vortheile hat, von ihnen zu Protokoll dictirt werden,) möglich gemacht ist, „einfache und klare factische Verhältnisse zu verwirren, durch halbe Erklärungen, Darüberhinschlüpfen und schlaue Reticenzen in eine Art von Helldunkel zu versetzen, durch dickleibige Schriften einfache Sachen in eine Aktenmenge zu vergraben, aus welcher nur mit großer Mühe der Richter das einfache Factum wieder zu entwirren vermag" *c*). Hier wird es dem prozeßleitenden Richter, der durch Decrete der Ungebühr steuern soll, selbst wenn ihm der Fehler der Eilfertigkeit nicht geradezu zur Last gelegt werden kann, nicht immer gelingen, dem Uebel abzuhelfen. Ohnehin kann man von ihm mit Billigkeit nicht erwarten, daß er das Ganze, während der oft langwierigen Verhandlung immer mit dem, durch eigenthümliche Ap-

---

*c*) Floret Motive zu dem Prozeßgesetzb. im Großherzogth. Hessen. (Darmst. 1818.) 1. Heft S. 25.

plikation geschärften Blick übersieht, wie der entscheidende Richter, dem durch seine Stellung die Aufgabe gemacht ist, das gegenseitige Vorbringen sorgfältigst in das Auge zu fassen. Dieser hat auch nur einmal die Arbeit, indeß jener, da man ihm nicht zumuthen kann, den Inhalt der Akten stets im Gedächtniß zu behalten, sich beinahe bei jeder neuen Eingabe aufs neue in der Sache informiren muß, was nun freilich nicht immer mit der nöthigen Sorgfalt geschieht. So tritt denn das Bedürfniß jenes richterlichen Frage- und Aufhellungsrechts ein, welches aber gewöhnlich erst nach erfolgtem Beschluß der Sache und wenn die Akten zum Spruch vorgelegt sind, gehörig angewendet wird, weil, wie gedacht, der Urtheilsfasser, wenn er nun das Factum unter das Gesetz subsumiren soll, zum Behuf dieser Vergleichung in die innersten Falten des Thatverhältnisses einzudringen sich bemühen muß, und so freilich das Lückenhafte der bisherigen Behandlung der Sache wahrzunehmen die beste Gelegenheit hat.

III. Man kann aber in der Anwendung des richterlichen Fragerechts sich nicht dabei begnügen, bloß mangelhafte Vorträge ergänzen, überhaupt den Streitstand richtig stellen zu lassen, sondern noch eine Stufe höher steigen, indem man dem Richter die Befugniß und Verpflichtung beilegt, die Wahrheit oder Unwahrheit der in dem Streite vorgebrachten Thatsachen, worüber beide Theile nicht einig sind, wo möglich durch Nachforschung im Wege der Vernehmung der Parteien so weit zu ermitteln, daß die förmliche Beweisführung, wo nicht gänzlich entbehrt, doch wenigstens vereinfacht werden kann. Der Zweck dieser Thätigkeit ist demnach Aufklärung noch dunkler factischer Umstände durch Befragung der zunächst Betheiligten, also derer, die davon die beste Kenntniß, vielleicht aber ohne Absicht ihre Wis-

senschaft bis jetzt nicht vollständig an den Tag gelegt haben, daher unwillkührlich an einer Ungewißheit Theil nehmen, die eigentlich dem Richter zur Last zu legen ist, der sich nicht gehörig informirt hat, oder dem Sachwalter, der zwar informirt ist, aber die Sache geflissentlich im Trüben läßt. Wo aber der Richter von der bezielten Befugniß keinen Gebrauch macht, kann es nicht fehlen, daß über manche Thatumstände, die doch auf das Recht der Parteien entschieden Einfluß haben, ein Dunkel liegen bleibt, weil vielleicht gewisse Nüancen unbeachtet blieben, die die Sache in dem rechten Licht zu erkennen verhindern; oder es erscheinen factische Asserte als beweisbedürftig, welche gleichwohl die Betheiligten entweder als unangeführt betrachten zu lassen, daher nicht weiter zu urgiren geneigt seyn, oder zuzugestehen kein Bedenken tragen würden. Wer mit den Parteien allein Prozesse instruirt hat, wird gewiß diese Erfahrung mehr als einmal gemacht haben, daß nämlich bei zweckmäßiger Anwendung des Befragungsrechts manche frühere Behauptung zurückgenommen, von mancher dagegen die Wahrheit einfach ermittelt worden. Man hatte sich gegenseitig nur nicht recht verstanden, das Sachverhältniß, vielleicht ganz unwillkührlich, schielend hingestellt und so über Wesen und Zusammenhang Zweifel veranlaßt; durch des geschäftserfahrnen Instruenten vermittelnde Thätigkeit ist jetzt alles zu recht gelegt und die Abweichungen in dem factischen Vortrage gehoben; es bedarf darüber nicht weiter einer Beweisauflage, zu geschweigen, daß der Richter die Beweisführung zu übernehmen brauchte, wie man von der preußischen Instructionsmethode mit Unrecht so oft behauptet hat.

## §. 17.

Es wird hier billig vor allen gefragt, ob diese Be-

fugnisse und Verpflichtungen des richterlichen Amts gemeinrechtlich begründet sind? Von der ersten und zweiten ist dieß völlig ausgemacht; gegen die auf III. erwähnte wird man vielleicht nach dem gemeinrechtlichen Verhandlungsprinzip und nach dem hiernach ausgebildeten Systeme manches einzuwenden haben, ein System, das jedoch wenigstens in manchen der daraus gezogenen starren Consequenzen, nicht sowohl auf bestimmte Gesetze sich gründet, als vielmehr, wie es scheint, durch die Lehren philosophirender Rechtslehrer in der Praxis unserer Gerichtshöfe Geltung erlangt hat. Da es nach der Verhandlungstheorie dem Richter ungleich leichter gemacht wird, als nach der s. g. Untersuchungsmaxime, sein prozeßleitendes Amt zu verwalten, so wird es nicht befremden, wenn die Bequemlichkeit und der Schlendrian sich lieber zu einer Lehre bekannte, deren Grundlage Passivität ist, als zu der entgegengesetzten, die von dem Richter mehrere Thätigkeit fordert. Da ist es denn die vorgewendete Scheu vor einem „Verfahren von Amtswegen", — „vor einem Eingriff in die Rechte der Parteien", — oder eine Verzichtsfiction von der ungemessensten und unnatürlichsten Ausdehnung, hinter die sich die Bequemlichkeitsliebe steckt, und in der sie einen Ruhepolster findet, den sie sich nicht gern wegziehen läßt.

Wie weit ausdrückliche Gesetze diese Materie bestimmen, ergeben unter andern folgende, welche auf eine besondere Prozeßart, die summarische, zu beschränken kein Grund vorhanden ist, da die ratio legis eben so wohl auf den ordentlichen Prozeß ihre Anwendung findet. Es bestimmen nämlich L. 9. C. *de judiciis* (3, 1.) verbis: Judices oportet imprimis *rei qualitatem plena inquisitione discutere*, et tunc utramque partem *saepius interrogare*, num quid novi addere desideret; cum hoc

ipsum ad alterutram partem proficiat, sive definienda causa per judicem, sive ad majorem potestatem referenda sit. Ferner cap. 6. X. *de judiciis* (2, 1.) simpliciter et pure factum ipsum et *rei veritatem* — — *investigare* curetis. Weiter cap. 10. X. *de fide instrum.* (2, 22.) — cum judex, qui usque ad prolationem sententiae *debet universa rimari*, possit interrogare de facto, quotiens dubitationis aliquid occurrit; — und der R. A. von 1654. §. 41. — „wie denn auch dem Richter das arbitrium auf einen oder den andern oder auf alle Punkte die Antworten in jedem Theile des Gerichts (Prozesses) zu erfordern frei und unbenommen bleibet."

Die Forderung ad III. geht also, wie in der Folge weiter ausgeführt werden soll, keineswegs auf eine dem Richter wider die Grundlehren des gemeinen Prozesses beigelegte Befugniß, und mit Recht bemerkt Mittermaier *d*), dem man nicht den Vorwurf machen wird, daß er den Grundsätzen der deutschen gemeinen Prozeßlehre zu nahe treten lasse: „es sey kein absoluter Gegensatz zwischen der Verhandlungs- und Untersuchungs-Maxime, wenn man die letzte auf das von Amtswegen dem Richter zustehende Frage- und Aufhellungsrecht beziehe, und der gemeine Prozeß kenne demnach auch ein richterliches Untersuchungsrecht. Wenn das zweckmäßigste Prinzip des Verfahrens dasjenige sey, nach welchem zwar dem Richter jeder Eingriff in die Dispositionsrechte der Parteien verboten, derselbe aber, in so fern er für den Zweck des Rechtsschutzes thätig seyn solle, nicht zur willenlosen Maschine gemacht werde, so beruhe auch der gemeine deutsche Prozeß gewiß auf diesem Prinzip, und wenn dasselbe eben so dem preußischen Prozeß

---

*d*) Prozeßvergleichung Beitr. I. (2. Aufl.) Seite 79.

zum Grunde liege, so sey kein Unterschied der Grundlage da."

## §. 18.

In seiner höchsten Potenz und vollkommensten Ausbildung erscheint das richterliche Frage- und Aufhellungsrecht nach dem preußischen Prozeß, dieser hat aber eben deßwegen auch viele Anfechtung gefunden, besonders in neuerer Zeit, die auf jede Beschränkung der rechtlichen Freiheit so eifersüchtig ist, darum aber auch gar oft die unrechtliche in Schutz nimmt, ihr wenigstens manchen Schlupfwinkel offen läßt. Doch scheint eben das preußische Prozeßsystem nicht nur wegen seiner Originalität, sondern auch wegen seiner in dem Lande, wo es eingeführt ist, durch Erfahrung erprobten Zweckmäßigkeit seinem großen Urheber noch immer Ehre zu machen. Daher wage ich es, selbst auf die Gefahr hin einer Ketzerei beschuldigt zu werden, frei zu bekennen, daß ich von meinen frühern Ansichten *e*) rücksichtlich dieses Verfahrens noch nicht zurückgekommen bin, vielmehr die demselben gemachten Vorwürfe von Unnatur für unbegründet und auf einem bloßen Mißverstand beruhend erkenne. Ich wage es sogar zu behaupten, daß der Vorwurf der Unnatürlichkeit eher den gemeinen Prozeß, oder doch dessen doctrinelle Ausbildung, trifft, und werde dieß in der Folge darzuthun versuchen. Es sind nun an vierzig Jahre, daß ich das Amt eines Richters verwalte. Der erste und mehr als der vierte Theil dieser Zeit gehört der preußischen Prozeßpraxis an, das Uebrige der gemeinrechtlichen. Ich habe also Zeit und Gelegenheit genug gehabt, zwischen beiderlei Methoden des Verfahrens

---

*e*) In der Schrift: über die Grenzen des Richteramts in bürgergerlichen Rechtssachen, Seite 138.; dann in den Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis. I. Bd. Num. II.

Vergleichungen anzustellen. In den Jahren, wozu ich gelangt bin, pflegt aus natürlichen Gründen das conservative Prinzip im Menschen das vorwaltende zu seyn, daher die Vorliebe für das Gewohnte, und die Abneigung vor Neuerungen sich zu befestigen. So müßte ich mich denn schlechthin auf die Seite der Vertheidiger des gemeinen Prozesses wenden, da ich bei dessen Ausübung alt geworden bin. Ohnehin liebt das Alter das, wo man es sich bequemer machen kann. Dessen ungeachtet kann ich nicht umhin, meine Ueberzeugung von der Vorzüglichkeit des preußischen vor dem deutsch-gemeinrechtlichen Prozeß, vornämlich in Beziehung auf die durch die erweiterte richterliche Gewalt möglich gemachte gründlichere und schleunigere Rechtspflege zu bekennen. Ich habe mein Urtheil über den Werth des preußischen Verfahrens weniger aus spekulirten Theorien, als aus dem Leben geschöpft, und besonders die Bedürfnisse des bei weitem größten Theils der Rechtsuchenden, nämlich der aus den niedern Ständen, aus sehr langer Beobachtung kennen zu lernen Gelegenheit gehabt, und dadurch mein Urtheil bestätigt gefunden, wie ich es in Betrachtung der gemeinrechtlichen Praxis — von der ich in der Folge (§. 38.) ein lebendiges Beispiel liefern will, — noch bis auf diesen Tag fortwährend bestätigt finde. Darum ist auch mein Glaube an die Vorzüge jener Prozeßmethode, wenn anders davon durch Richter von Intelligenz- und Willenskraft *f*) in dem Geiste Friedrich's, seines Urhebers,

*f*) Sind denn aber diese nicht nach jedem Prozeßsystem in der Welt unentbehrliche Eigenschaften eines Richters? Oder glaubt man, daß die Sachwalter der Parteien den Mangel dieser Eigenschaften ersetzen? Man sollte meinen, gerade bei diesen wären jene Eigenschaften dem Richter um so nothwendiger, je mehr sie die Kunst, die ihnen gemeinhin Celebrität verschafft, sich zu eigen gemacht haben.

Anwendung gemacht wird, auch durch die neuern Anfechtungen derselben nicht wankend gemacht worden. Ich rechne hieher besonders eine im übrigen gut geschriebene Schrift *g*), deren Verfasser Scharfsinn und dialektisches Talent nicht abzusprechen und nur zu bedauern ist, daß dieses wie es scheint noch jungen Mannes Ansichten nicht schon jetzt durch Erfahrung geläutert sind, und daß er, indem er dem preußischen und dem gemeinen deutschen Prozesse, beiden zugleich, das Verdammungsurtheil spricht, eben auch dem Geiste der Zeit huldigend, seine Blicke nur nach jenem gelobten Lande richtet, von dessen Institutionen allein uns Hülfe zu erwarten seyn soll. Doch jedes Streben nach Wahrheit ist achtungswerth, wenn man auch dem, was uns als Ausbeute hievon geboten wird, oder auch überhaupt dem eingeschlagenen Wege zur Erkenntniß des Wahren nicht beipflichten kann, oder glaubt, daß was den Menschen Noth thue, hauptsächlich an den Menschen selbst zu erkennen sey, und zwar nur an denen, die der Schöpfer gemacht hat, nicht wie sie manche unserer Staats- und Rechtslehrer nach dem Bilde, das sie sich vorgesetzt haben, machen wollen.

Meinem Thema gemäß wird es nicht als eine zwecklose Ausschweifung angesehen werden, wenn ich bei der Betrachtung des preußischen Prozeßsystems noch etwas verweile; denn gerade in diesem findet sich die Aufgabe: welche Stellung dem Richter gegenüber den Parteien für den Zweck einer gründlichen und schleunigen Rechtspflege am angemessensten sey, am glücklichsten gelöst, wenigstens so weit meine Erfahrung und Beobachtung reicht.

## §. 19.

Es lassen sich für die Instruction des Civilprozesses

---

*g*) G. F. Gärtner's Kritik des Untersuchungsprinzips des preußischen Civilprozesses. Berlin 1832. 8.

— das Wort Instruction hier in der allgemeinern Bedeutung genommen, nämlich als den Inbegriff der Thätigkeitsäusserungen für den Zweck, dem erkennenden Richter den Stoff der Entscheidung einer streitigen Rechtssache in der gesetzlich vorgeschriebenen Ordnung zu liefern, — drei Grundformen denken, die auch alle drei in verschiedenen Ländern practisch angewendet werden. Ihrem Zwecke nach übereinstimmend sind sie nur in den dafür geltend zu machenden Mitteln von einander abweichend, und nach diesen verschiedenen Grundformen sind das französische, das gemeine deutsche und sächsische und das preußische Prozeßrechtssystem ausgebildet.

Nach der ersten oder der französischen Form erfolgt die Instruction des Prozesses oder die Aufnahme der gegenseitigen Erklärungen über das dem Rechtsstreit zum Grunde liegende thatsächliche Verhältniß in der Regel ohne Zuthun des Richters; nach den beiden andern geschieht sie unter dessen Mitwirkung, jedoch mit folgendem Unterschiede. Nach dem gemeinen und dem demselben nachgebildeten deutschen Particular-Prozeß besteht die richterliche Mitwirkung darin, daß gemäß der vorgeschriebenen Ordnung die bei Gericht eingereichten Vor- und Anträge der einen Partei nach vorgängiger Prüfung, ob sie die für ihren Zweck gesetzlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, der andern Partei, um sich darauf zu erklären, mitgetheilt, hiernächst aber die beiderseitigen Producte zu den Gerichtsakten genommen werden, um als Entscheidungsmaterial zu dienen. Ferner äussert sich die richterliche Mitwirkung hier theils in der Handhabung jener Ordnung, theils in der Fürsorge für den Betrieb der Sache, für diesen indessen nur auf ausdrückliches Begehren der bei dem Fortschreiten des Verfahrens interessirten Partei. Der Rich-

ter sorgt auch für die formelle Vollständigkeit des Vorbringens eben durch die genaue Prüfung der Eingaben, besonders der Einlassungen, so weit es darauf ankommt, was unter den Parteien streitig ist, richtig zu erkennen und ein subsumtionsfähiges factisches Entscheidungsmaterial zu erlangen; er ordnet endlich über die als bestritten sich darstellenden Thatsachen die Beweisführung an. — Dagegen verpflichtet der preußische Prozeß den Richter zwar ebenfalls zu diesen Thätigkeitsäusserungen, aber außerdem auch für die materielle Vollständigkeit des factischen Vorbringens, so weit es der Zweck des verfolgten oder vertheidigten Rechts fordert, und er ist hiebei auch untersuchend thätig, überall jedoch mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit des im Streit befangenen Rechts, als eines veräusserlichen, daher von der willkührlichen Verfügung der Betheiligten abhängigen. Seine Aufgabe ist, nicht bloß ein formell subsumtionsfähiges Factum zu erzielen, sondern wo möglich ein solches, in welchem die dem Streite vorangegangenen und denselben veranlassenden, mithin auf dessen Entscheidung Einfluß habenden, thatsächlichen Erscheinungen vollständig erschöpft und nach ihrer wahren Beschaffenheit ausgeprägt erscheinen. Es ist die Absicht der Gesetzgebung, daß die Entscheidung nicht ein förmliches allein, sondern, so viel dieß irgend von menschlicher Thätigkeit abhängt, auch ein materielles Recht zur Vollstreckung sanctionire. Bei dieser Instruction des Prozesses, im besondern Sinne des Worts, ist der Richter auch für den Betrieb der Sache von Amtswegen thätig, immer jedoch unbeschadet der Dispositionsrechte der Betheiligten, daher nur nach deren Verlangen, niemals gegen dasselbe. Doch wird der Ausdruck des Verlangens bei dem Beginnen des Rechtsstreits auch im Fortgange desselben so lange als fortwirkend angenommen, als nicht

die bei dem richterlichen Einschreiten vortheilhaft betheiligte Partei ausdrücklich, oder durch schlüssige Handlungen Stillstand begehrt, oder, besonders durch ihre Unthätigkeit hinsichtlich richterlicher Befehle, deren Befolgung zu ihrem Vortheile gereichen würde, veranlaßt. Nach dem gemeinen Prozeß haben die Streitenden nicht nöthig, eine richterliche Thätigkeitsäußerung für ihren Zweck der Prozeßführung abzulehnen, weil der Richter im Laufe des Verfahrens zum Besten einer Partei ohne deren besondere Anregung thätig zu werden ohnehin nicht befugt ist. Hierin liegt eine der wesentlichen Verschiedenheiten und Abweichungen des gemeinen deutschen von dem preußischen Prozeß, nach welch letzterm der nicht implorirte Richter zwar ebenfalls nicht verfährt, der einmal implorirte aber so lange ohne weitere Aufforderung in seiner Thätigkeit beharrt, bis von der hiebei nützlich betheiligten Partei Stillstand verlangt wird.

Keine dieser drei verschiedenen Grundformen ist dem Wesen des Civilprozesses entgegen, da keine die Befugniß der streitenden Theile aufhebt, über ihre angefochtenen Rechte zu verfügen, selbige als Kläger weiter zu verfolgen, als Beklagter zu vertheidigen, oder aber dort wie hier sie aufzugeben. Es hat auch jede dieser Formen ihre eigenthümlichen Vorzüge; doch scheint das preußische Instructionsverfahren den Forderungen einer gründlichen und dabei schleunigen Rechtspflege am meisten zu entsprechen, wenn es anders in tüchtige Hände gelegt ist; eine Voraussetzung, die aber mehr oder weniger auch bei den beiden andern Formen gemacht werden muß.

## §. 20.

Gemeinhin legt man dem preußischen Richter die Befugniß einer Untersuchung bei, wie sie der Inquirent im Strafprozesse ausübt. Es scheint mir daher, daß der zur

Bezeichnung der Grundform jenes Prozesses von Gönner meines Wissens zuerst gebrauchte Ausdruck Untersuchungs-Maxime (richtiger Untersuchungs-Prinzip) die Sache von vorn herein in ein schiefes Licht gestellt hat, — man weiß ja, was oft ein Name thut, — und daß es ohne diese Bezeichnung Vielen nicht eingefallen seyn möchte, die Stellung des preußischen Civilrichters unnatürlich und vernunftwidrig zu finden. So aber hat man sich mehr an den Ausdruck Untersuchung gehängt, und darüber übersehen, was die preußische Gesetzgebung eigentlich von dem Richter fordert. Eine vorurtheilsfreie Prüfung würde zur Ueberzeugung geführt haben, daß eine bloße Steigerung der Forderungen an die Thätigkeit des Richters, die man gemeinrechtlich mit dem Namen Frage- und Aufhellungsrecht bezeichnet — und mehr als eine solche Steigerung ist es in der That nicht *h*), — den preußischen Civilrichter nicht denaturiren konnte. Daß der Richter in Preußen im bürgerlichen Verfahren, so wenig als der deutsche überhaupt und als der französische, den Inquirenten wie im Strafprozesse machen solle, ließ sich überhaupt von einer, ihren Gegenstand und Zweck richtig auffassenden und vernünftig erwägenden Gesetzgebung erwarten, und ergibt auch eine nähere Ansicht der Einleitung der preußischen Prozeßordnung, die einen kurzen Inbegriff der Grundsätze und Hauptlehren dieser P. O. liefert. Die Fundamental-

---

*h*) Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen und preußischen Civilprozesses §. 32. — Derselbe erinnert ferner (§. 348.) mit Recht, daß man überhaupt, besonders auch in Beziehung auf die richterliche Thätigkeit bei der Beweisführung, durch bloße Abstractionen aus der Idee der Verhandlungsmaxime hierin den gemeinrechtlichen Richter mehr zu beschränken gesucht habe, als nach dem Zweck einer guten Justizpflege und nach positiven Rechtsvorschriften sich verantworten lasse.

prinzipien des gemeinen Prozesses: Es gibt keinen absoluten Zwang zur Rechtsverfolgung, oder Vertheidigung; — es findet keine Rechtsschutzertheilung aus eigener Bewegung des Richters statt, also auch in dieser Beziehung kein Verfahren von Amtswegen; — der Richter kann nicht ultra petita partium erkennen; — nur ihm, nicht von ihm wird der Beweis der bestrittenen Thatsachen geführt; — das Ziel der Verhandlung und Beweisführung ist zwar die Erkenntniß des eigentlichen (materiellen) Rechts, es gilt aber auch als Recht vor Gericht, was sich als Ergebniß der ordnungsmäßigen Procedur mit den Parteien herausstellt (formelles Recht), — — diese Grundsätze wird man auch im preußischen Prozeß überall beobachtet finden. Wenn es hie und da anders erscheint, so dürfte wohl der Grund darin liegen, daß es die Redactoren des Gesetzbuches bisweilen mit der Wahl wissenschaftlich correkter Ausdrücke minder genau nahmen, als der Verfasser eines Prozeßcompendiums: es scheint ihnen mehr um die Sache, als um eine bündige Stellung der Worte, was freilich hier nicht gerade gebilligt werden will, zu thun gewesen zu seyn. Betrachte man aber nur §. 6. ff. der Einleitung, die, wie gedacht, eigentlich die Grundzüge und Umrisse der ganzen Prozeßordnung gibt, so wird man über Wesen und Tendenz des Procedur-Organismus nicht zweifelhaft seyn. „Der Richter, heißt es hier, welcher den Streit durch richtige Anwendung der Gesetze auf die dabei zum Grunde liegenden Thatsachen entscheiden soll, hat die nächste Pflicht, folglich auch das nächste Recht, sich von der wahren und eigentlichen Bewandtniß dieser Thatsachen zu versichern —. Er ist also schuldig und befugt, den Grund oder Ungrund derselben selbst und unmittelbar zu untersuchen, und soweit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforderlich ist, ins Licht zu setzen. — Die Pflichten des Richters

bei der Instruction eines Prozesses, — welche eben in der Aufnehmung und Untersuchung der in demselben vorkommenden und zu dessen Entscheidung gehörigen Thatsachen besteht, — beruhen auf dem wesentlichen Grundsatze: daß der Richter sich bemühen müsse, die Wahrheit der dabei zum Grunde liegenden Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln." — Sehr bezeichnend für seine eigentliche, auf Vernehmung der Parteien gerichtete Function setzt das Gesetz §. 12. gleich hinzu: „gewöhnlich sind die Parteien selbst am besten im Stande, dem Richter über ihre Angelegenheiten Auskunft zu ertheilen; sie sind also die Instruction ihres Prozesses soviel als möglich in Person abzuwarten, verbunden."

Sollte in diesen Bestimmungen eine, dem Civilrechtsverfahren fremde und unangemessene Ausdehnung der richterlichen Gewalt zu finden seyn, so müßten auch manche gemeinrechtliche Anordnungen, namentlich im summarischen Prozeß (mit dem der preußische Prozeß überhaupt Aehnlichkeit hat), sowie vorzüglich über das richterliche Befragungs- und Aufhellungsrecht selbst, als Abnormitäten erscheinen. Denn der Richter könnte ja wohl auch auf ein unvollständig und lückenhaft vorgetragenes Factum ein Urtheil fällen, an die Regel: quod non est in actis, non est in mundo, sich haltend, — und die dabei an ihrem Recht verkürzte Partei, der die Schuld des unvollständigen Vorbringens, oder der Beruhigung bei einer mangelhaften Einlassung des Gegners, immerhin beigemessen werden könnte, wäre eben als verzichtend auf die Geltendmachung ihres Rechts, nach dem Verhandlungsprinzip wohl ganz folgerichtig, anzunehmen.

Richtig ist, besonders was die Attribution einer richterlichen **Untersuchungsbefugniß** betrifft, noch ganz

neuerlich *i*) erinnert worden, daß die wechselnden Ausdrücke: „die Beschaffenheit der Thatsachen untersuchen, sie in das Licht stellen, erforschen, ausmitteln, sich davon versichern", deren sich die Redaction der preuß. P. O. bediente, kaum einen Zweifel übrig ließen, daß dem Wort Untersuchung kein individuell bestimmter Sinn, keine eigentliche technische Bedeutung untergelegt worden. Auch die Redactoren der ältern Prozeßordnung (corpus juris Frideric.) haben in dem Vorbericht zu derselben, was nicht unmerkwürdig, diese wechselnden Ausdrücke selbst da gebraucht, wo sie eine Darstellung der bisherigen (also der gemeinrechtlichen) Prozeßform liefern. Das Gewicht liege also überall nur darauf: der Richter solle bei Feststellung des Factums nicht an das rein passive Verhalten nach dem gemeinen Prozeß gebunden seyn, sondern auch seiner Seits dazu mitwirken, eine möglichst vollständige und zuverlässige Kenntniß der Sachlage zu gewinnen. Das Wie? dieser Mitwirkung sey damit gar nicht bestimmt, sondern nur, daß überhaupt der Richter durch sein Amt dazu berechtigt und verpflichtet sey."

Friedrich's Idee war, daß die Richter die Ermittelung des Factums nicht den Advocaten allein überlassen, sondern sich von den, dem Rechtsstreit zum Grunde liegenden Thatsachen unmittelbar Gewißheit verschaffen sollten. Er brauchte den im gewöhnlichen Leben für eine ähnliche Geistesfunction gebräuchlichen Ausdruck untersuchen, ohne damit einen technischen Begriff zu verbinden *k*). Er

---

*i*) Vergl. die Recension der vorhin angeführten Gärtner'schen Schrift, in den Ergänzungs-Blättern zur allg. Lit.-Zeit. 1835. Nro. 76.

*k*) Auch in der Sprache der römischen Gesetze werden die Ausdrücke *inquirere*, *inquisitio* von der Thätigkeit des Prätors und Judex

war kein Freund von Subtilitäten und Wortklaubereien. Ihm schwebte nur der damalige Zustand des Prozeßverfahrens und das Bedürfniß seiner Unterthanen vor Augen, und durch welche Mittel Hülfe zu schaffen.

## §. 21.

Es mag hier nicht außer seinem Orte seyn, über den Zustand der Justizverwaltung in den preußischen Staaten vor Einführung der neuen Gerichts- und Prozeßordnung aus dem Vorbericht zur ersten Ausgabe derselben (sie ist unter dem Titel **Corpus juris Fridericianum.** Erstes Buch, von der Prozeßordnung. Berlin 1781 erschienen) folgende Schilderung zu vernehmen, da sie zugleich ein ziemlich treues Bild unseres deutschen Civilrechtsverfahrens liefert.

„Nach der in den preußischen Staaten bis dahin bestandenen (dem Wesen nach deutsch gemeinrechtlichen) Prozeßordnung heißt es hier, sey die Entwickelung und Auseinandersetzung des facti den Advocaten lediglich überlassen; der davon fast gänzlich ausgeschlossene Richter müsse dem Wege, welchen diese zur Erforschung der Wahrheit ihm vorzeichneten, schlechterdings folgen; er dürfe seine Untersuchung darüber nicht weiter erstrecken, noch auf andere Art anstellen, als es die der Sache im ersten Anfang von den Advocaten gegebene Einleitung mit sich bringe. Den Advocaten aber wäre weniger um die Aufklärung der Sache, als vielmehr nur darum zu thun, den Prozeß für ihren Clienten zu gewinnen, den Gegentheil durch Umzüge und Kosten zu ermüden, sich aber dadurch Ruf, Ansehen und Erwerb zu verschaffen, zu welchem

---

überhaupt gebraucht, wodurch er sich von der Beschaffenheit einer Sache nähere Kenntniß zu verschaffen, darin zu informiren sucht. Brisson de V. S. v. inquirere.

Ende alle nur ersinnliche Kunstgriffe gebraucht worden, das Factum zu verdunkeln und den Umständen desselben einen falschen Anstrich und eine unrichtige Wendung zu geben. Daher sey es gekommen, daß wenn nach verhandelten Sätzen die Akten zur Abfassung eines Erkenntnisses dem Richter vorgelegt worden, dieser das Factum und dessen eigentlichen Zusammenhang mehrentheils so dunkel, unvollständig und widersprechend vorgetragen gefunden habe, daß er nothwendig zur Aufklärung desselben eine Menge nachzubringender Beweise habe fordern müssen, welches denn zu einem weitläufigen und kostbaren Verfahren über die Fragen: ob und was zu beweisen? von wem der Beweis zu führen? wohin er eigentlich zu richten sey? durch alle Instanzen Anlaß gegeben habe. Wenn nun endlich nach Ablauf ganzer Jahre diese Fragen rechtskräftig festgestanden; so habe der Richter, weil er weder schuldig noch befugt gewesen, sich um die zur Erforschung der Wahrheit vorhandenen Mittel selbst zu bekümmern, die Einleitung des Beweises abermals den Händen der Advocaten allein überlassen, und dem von ihnen angegebenen Faden lediglich nachgehen müssen. Es habe also wiederum bei den Advocaten gestanden, durch unrichtige oder unvollständige Anzeigung der Beweismittel, durch dunkle, zweideutige, die Sache nicht erschöpfende, oder mit Nebenumständen angefüllte Artikel, durch künstliche, auf Schrauben gesetzte Fragstücke die Sache noch verworrener, und die Zeugen irre zu machen, Undeutlichkeit und anscheinende Widersprüche in ihre Aussagen zu bringen, der Gerichtsperson, von welcher sie abgehört worden, und der es ohnehin an Kenntniß des eigentlichen Zusammenhangs der Sache gefehlt, alle Mittel, wie die Wahrheit von den Zeugen etwa noch herausgebracht werden können, abzuschneiden, solchergestalt aber reichen Stoff vorzubereiten, um in dem Beweisverfahren, über diese Zeugenaussagen,

deren Sinn, und den ihnen beizulegenden Grad der Glaubwürdigkeit weitläufig zu recessiren, solchen mancherlei künstliche Deutungen geben, und auf diese Art dem Richter über die Wahrheit und den eigentlichen Hergang der Sache am Ende der Beweis-Instanz oft noch mehr in Zweifel und Ungewißheit lassen zu können, als er es bei dem ersten Anfang derselben gewesen sey *l*). Dabei habe es listigen und eigennützigen Advocaten niemals an Gelegenheit ermangelt, eine große Zahl von Nebenpunkten auf die Bahn zu bringen, und über die Fragen: ob jemand ein Document herauszugeben schuldig, ob er über dessen Anerkenntniß sich zu erklären verbunden, ob er zur eidlichen Ablehnung der Unterschrift zuzulassen, ob er bei anerkannter Unterschrift eines solchen Documents, dessen Inhalt abzuschwören berechtigt, ob die Vergleichung der Handschriften zuläßig, und wie solche anzustellen, ob ein Zeuge zum Zeugniß tüchtig oder verwerflich, ob ein Artikel passend oder unstatthaft, ob ein zugeschobener Eid so oder anders abzufassen sey, und noch sonst über unzählige dergleichen sogenannte Incident-Punkte, förmliche Nebenprozesse zu veranlassen, die Kosten dadurch zu häufen, den Richter noch mehr zu verwirren, ihn mit Abfassung einer Menge von Beiurtheilen aufzuhalten, solchergestalt aber die Dauer des Hauptprozesses zu verewigen. Auch hätten sich sehr oft noch erst in der Beweisinstanz Umstände hervorgethan, die an sich die Gestalt und Lage der Sache von einer ganz neuen Seite darstellten und unfehlbar eine ganz andere Entscheidung bewirkt haben würden, auf die aber der Richter gar keine Rücksicht mehr habe nehmen dürfen, weil er nach der vorgeschriebenen Prozeßform von demjenigen, was in den vorigen Urtheilen einmal auf Beweis gestellt und nach dem Effekt, welcher diesem Beweise

---

*l*) Man vergleiche das vorhin §. 16. ad not. c. Gesagte.

im voraus beigelegt worden, sich im mindesten zu entfernen, nicht berechtigt gewesen. Zwar habe es zur Steuerung der Mißbräuche der Advocaten in unrichtiger Einleitung, Verwirrung und Verlängerung der Prozesse nicht an Verordnungen gefehlt, die aber ihren Endzweck nicht hätten erreichen können, weil die Advocaten die ganze Sache vom Anfang an allein in den Händen gehabt, so daß es dem Richter, der bloß nach den von ihnen aufgenommenen Akten habe urtheilen müssen, in den allerwenigsten Fällen möglich gewesen, den Kunstgriffen und Chicanen dergestalt auf die Spur zu kommen, daß die Sachwalter einer wissentlichen Uebertretung der Vorschrift förmlich überführt und folglich mit den darauf geordneten Strafen belegt werden konnten" u. s. w.

Dieß war der Zustand der Justizverwaltung im Preußischen unmittelbar vor der großen Reform im Jahr 1781. Jeder Leser mag sich zu Hause umsehen, ob es bei ihm anders ist. Es kann hiebei auch der unten §. 38. erzählte Fall verglichen werden. Wie damals in dem preußischen Staat, fühlt man gegenwärtig in dem übrigen Deutschland das Bedürfniß einer Aenderung des Bestehenden, nur andere Mittel glaubt man zur Heilung der Gebrechen anwenden zu müssen. In Preußen schien es vor 50 Jahren wesentlich, den Einfluß der Sachwalter zu vermindern, dagegen dem Richter eine mehr thätige Rolle anzuweisen; wir wollen es jetzt umgewandt probiren, weil wir meinen, das Wesen der Rechtspflege sey gefährdet ohne ein passives Verhalten des Richters; in dieser Beziehung soll also an dem Herkommen nichts geändert werden, die Parteien, vielmehr die Advocaten sollen nach wie vor die unumschränkte Herrschaft über die Darlegung des Streitentscheidungs-Materials haben und behalten, und also von der Geschicklichkeit derselben der Ausgang des Prozesses abhängen. Während damals das Bestreben

der Gesetzgebung auf eine gründliche Erörterung der Thatsachen mit Hülfe des Richters ging, glaubt man h. z. T. in einem öffentlichen Verfahren und in der Kunst der mündlichen Darstellung dasjenige gefunden zu haben, was der Justiz eigentlich Noth thue. Man kann sagen, daß damals das technische Element das vorherrschende war, und daß es jetzt das politische ist, weil es nicht mehr darauf ankommen soll, bloß den Parteien in ihren Streitigkeiten Recht zu sprechen, sondern die bezielten Institutionen hauptsächlich auch dazu dienen sollen, für das öffentliche Leben zu bilden.

War also eine Prozeßreform in Preußen nothwendig, so konnte es sich nur darum handeln, wiefern die von der Gesetzgebung beliebte dem Zwecke entspräche, namentlich wie die Modificationen der richterlichen Mitwirkung dem Civilverfahren angemessen wären. Hier erscheinen denn in der That die prozeßrechtlichen Bestimmungen über die Grenzlinien der richterlichen Befugniß im Gegensatze von der rechtlichen Freiheit der Streitenden im Einzelnen betrachtet so getroffen *m*), daß über die Art und Weise, wie sich die Thätigkeit des instruirenden Richters für die Ermittelung des Factums zu äußern habe, gewiß kein Bedenken entstehen kann. Daß der Richter mit dem freien Verfügungsrecht der Parteien aus vermeinter obervormundschaftlicher Fürsorge in Collision komme, ist eben so grundlos, als daß er Beweis führe. Sowie die Partei Fug und Macht hat, den Richter klagend anzugehen, oder sich vor demselben zu vertheidigen, so ist ihr auch im ganzen Verfahren die Freiheit gelassen, eine unerwiesene Thatsache als erwiesen anzunehmen, ihr ver-

---

*m*) Man vergleiche nur u. A. Tit. IV. §. 20. Tit. V. §. 19. Tit. IX. §. 42. und Tit. XX. §. 19. Tit. X. §§. 75. 252. ff. Tit. XX. §§. 16. 21. Tit. XXI. §§. 10. 11.

folgtes oder vertheidigtes Recht aufzugeben, überhaupt soweit es auf ihr Recht ankommt, so zu schalten und zu walten, als sie dieß aussergerichtlich zu thun befugt und ihr nach jeder Ordnung über das gerichtliche Verfahren in der ganzen civilisirten Welt auch vor Gericht unverwehrt ist. Nur hat es die Gesetzgebung für angemessen gefunden, jeder Täuschung, in welche eine Partei aus Mangel an Rechts- oder Geschäftskenntniß verfallen könnte, durch zweckgemäße Bestimmungen über die richterliche Thätigkeit vorzubeugen, und es wird wohl nicht zweifelhaft seyn, ob der Freund des Rechts und der Menschheit sich darüber freuen, oder es bedauern soll, wenn er als Eigenthümlichkeit des preußischen Prozesses die Bemerkung macht, welche in dem vorhin angeführten kritischen Blatt gemacht wird: daß diese Eigenthümlichkeit aus derselben Tendenz hervorgegangen, welche in der Gesetzgebung Preußens über das materielle Recht so entschieden hervortritt, nämlich aus dem Streben, durch unmittelbares und mittelbares Eingreifen der richterlichen Behörden in den Rechtsverkehr, soviel als möglich den Einzelnen vor allem Schaden und Nachtheil zu bewahren, welcher aus Arglosigkeit oder aus Unkunde des Rechts entstehen könnte, und ihn gegen Uebervortheilungen Dritter zu schützen. — Wer sollte dieses auch sonst thun, wenn es der zur Handhabung des Rechts berufene Richter nicht thun dürfte? — Oder will man diese Sorge den Rechtsanwälten allein überlassen; also die Parteien zwingen, sich immer mit selbigen zu umgeben? — Aber das Volk kann dieser Fürsorge überhaupt entbehren; — so meint man, und fragt nicht weiter, was dieses selbst dazu sagt. Man bedenkt nicht, daß die überwiegende Mehrzahl unserer Staatsangehörigen aus ungebildeten oder doch in den Geschäften des Verkehrs, besonders so weit dabei Rechtskenntniß vorausgesetzt wird,

unerfahrenen Leuten besteht, die sich bei jener Einrichtung wohl befinden. Sie sehen ein und glauben, (wir reden hier von unsern deutschen Mitbürgern und fragen nicht darnach, wie viel klüger die Angehörigen anderer Nationen sind) daß sie ohne diese gerichtsobrigkeitliche Fürsorge, die sie überdieß nichts weiter kostet, und den theuern Beistand von Rechtsconsulenten ihnen entbehrlich macht, oftmals eine Beute der Betrüger und Wucherer werden würden. Daher überlassen sie sich auch vertrauensvoll diesem Schutze, weit entfernt, darin eine lästige „Ober„vormundschaft des Staats über die Rechtssachen der „Bürger, einen Eingriff in die Freiheit und Würde des „zu seinen Jahren gekommenen Staatsbürgers" rc. zu finden. — Und in diesem Glauben und Vertrauen soll man sie auch nicht irre machen. Was will man überhaupt mit jenen schön klingenden, aber in der Wirklichkeit hohlen und bedeutungslosen Phrasen? Man wird damit den Zustand der intellectuellen und sittlichen Vollkommenheit, der Manchen im Traume erschienen, und wenn er auch einst noch kommen mag, doch eben jetzt noch nicht da ist, nicht herbeizaubern, wohl aber denen, die von der Unkenntniß und Einfalt ihres Nächsten Vortheil ziehen, ihr verderbliches Spiel erleichtern. Wollen wir also nicht durch so überspannte Ideen uns und Andere täuschen und diese überreden, daß sie ihre Kräfte überschätzen. Wer schwimmen soll, muß vor allen schwimmen können, sonst kann er mit der besten Meinung, die man ihm von seinen Kräften und Fähigkeiten beigebracht, ersaufen müssen.

## §. 22.

Da der größte Theil der Rechtsschutzbedürftigen einmal daran gewöhnt ist, persönlich und unmittelbar die Gerichte anzugehen, und da ihnen dieses in der Regel auch nicht verwehrt ist, und sie, wenn es anders wäre,

eben darin einen unnatürlichen Zwang, und gerade hier einen „Eingriff in ihre Freiheit und Würde" erkennen würden, so fällt damit eine der Haupteinwendungen Mittermaiers *n*) weg, daß nämlich die Verwendung des Richters und sein Rathgeben [von einem Rathgeben ist übrigens gar nicht die Rede; rathgeben soll und darf der Richter nicht, wohl aber belehren *o*), wo es nämlich nöthig erscheint,] bei Parteien, die ihre Sachwalter haben, zwecklos sey. Der Prozeß nach dem Untersuchungsprinzip, sagt er nämlich, sei berechnet auf Parteien, die ungeübt und ohne rechtlichen Beistand zu Gericht kommen, welchen daher der Richter zu Hülfe eilen müsse, damit nicht der Unerfahrene ohne Rath sey. Wenn aber die Parteien nicht erschienen, weil sie nicht kommen könnten, oder nicht Lust hätten zu kommen, wie dieß immer mehr der Fall seyn werde und aus den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens sich erkläre (?), wenn also für die Parteien Rechtsgelehrte erschienen, so sey der gelehrte richterliche Rath nutzlos, weil jene schon ihre Rathgeber gewählt hätten, die Vernehmung werde aber selbst unpassend, weil der gelehrte Bevollmächtigte im Stande sey, den Vortrag auch ohne vernommen zu werden, klar und bestimmt zu liefern; die mündliche Instruction werde sogar unpassend, und unmöglich, weil der Advocat nicht selbst bei dem Rechtsverhältniß betheiligt sey, daher auf viele Fragen nicht befriedigend antworten könne" *p*). —

---

*n*) A. a. O. Seite 82.

*o*) Ueber die Unverfänglichkeit dieser Belehrung und deren Modalitäten vergleiche man meine Schrift über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen (Nürnberg 1819.) §. 20. 21. ferner: der Dienst der deutschen Justizämter (Erlangen 1830.) II. Theil §. 235. ff. ingleichen: v. Gönner in dem Commentar über das baierische Gesetz vom 22. Juli 1819. Seite 65. ff.

*p*) Dafür hat die preußische Gesetzgebung schon gesorgt, indem sie

Hierauf ist einfach zu antworten: wenn die Streitenden durch Rechtsgelehrte sich vertreten lassen, so wäre es wohl sehr unpassend, wenn der Richter sie als Unberathene ansehen und sich für sie verwenden wollte. Davon ist aber die Rede nicht, sondern davon, daß ja eben die allermeisten Parteien keine Sachwalter haben und sie auch entbehren können, oder es wenigstens glauben, so lange sie die Gesetze nicht verpflichten, von dieser Beistandsleistung Gebrauch zu machen, — und dieß ist wenigstens bis jetzt in dem größten Theile von Deutschland, vielleicht glücklicherweise, nicht der Fall, und selbst von mehreren neuen Prozeßgesetzgebungen nicht geboten. So bleibt denn nichts übrig, als entweder die Streitenden ihre Sache selbst in der gehörigen Form klag- oder vertheidigungsweise verhandeln zu lassen, — was sie aber nicht verstehen, — oder dem Richter dieses Geschäft zu übertragen. Und so muß denn also dieser, wenigstens bei den Untergerichten, das heißt bei den Gerichten erster Instanz (wiewohl deren Aufgabe gerade die schwierigste ist, weil sie den Prozeß einleiten müssen und diese ihre Einleitung die Grundlage für alle künftige Instanzen bildet,) zugleich in gewisser Art den Vertreter der Parteien machen und zwar bei den deutschen Gerichten nicht weniger, als bei den preußischen; er muß sein nobile officium, oder wie man es nennen will, hier anleitend geltend machen. Wie er dieses, seiner Richterpflicht unbeschadet, thun kann, hat die Praxis gelehrt. Wäre es anders, so wäre seit länger als einem

---

den Sachwalter eben der richterlichen Vernehmung unterwirft, wie die Parteien, daher ihn zur genauesten Informations-Einziehung strenge verpflichtet. Allg. G. O. Einl. §. 46. f. Erster Theil Tit. III. §. 72. ff. Tit. X. §. 12. Zweiter Theil Tit. VII. §. 41. ff. Es ist daher auch nicht als richtig anzunehmen, wenn behauptet wird, der preußische Prozeß sey allein auf rechtsunberathene Parteien berechnet.

Jahrhundert bei den meisten deutschen Untergerichten keine Justizverwaltung gewesen. Denn es werden zehn und in manchen, an Rechtsanwälten armen Gegenden noch mehr Prozesse, selbst in wichtigern Sachen, zwischen Richtern und Parteien allein verhandelt, bis einmal in einem einzigen ein Advocat gebraucht wird. Denn die Parteien, vorzüglich aus den niedern Volksklassen, scheuen die Vormundschaft der Advocaten mehr, als die der Richter. Sie suchen nur ausnahmsweise deren Hülfe, es sey, weil sie am Prozessiren aus längerer Uebung Gefallen gefunden, oder auch wohl aus Noth, weil sie bei dem Instruenten keine Geneigtheit wahrnehmen, sie nach ihrem Verlangen genügend anzuhören, oder weil sie ihn so beschäftigt finden, daß sie wohl einsehen, er könne sich auch bei dem besten Willen ihrem Anliegen nicht mit der erforderlichen Aufmerksamkeit widmen. Mancher Richter redet ihnen, aus Bequemlichkeit und um der beschwerlichen Einleitung der Sache und der Aufnahme zu Protokoll überhoben zu seyn, wohl selbst zu, sich der sachwalterlichen Hülfe zu bedienen und so ihrer Natur gleichsam Gewalt anzuthun.

Wenn Mittermaier a. a. O. Seite 92. sagt: „am wenigsten könne die Einführung des preußischen Prozesses (von der übrigens hier keine Rede seyn soll,) da empfohlen werden, wo noch Einzelrichter beständen und der Richter die Justiz, Polizei und Administration in einer Person ausübe", so ist darauf zu erwidern: ob das Gericht aus einer physischen oder moralischen Person besteht, darauf kommt wohl hier nichts an. Als die preußische Gerichtsordnung eingeführt wurde, waren die meisten Gerichte der Monarchie Einzelgerichte, und für solche paßt auch vorzugsweise die Untersuchungsmethode. Auch Collegialgerichte handeln hier durch Commissarien oder Deputirte. Wo aber der Justizbeamte zugleich die Polizei und Administration versehen und wie jener Nachtwächter

in seinem Städtchen alles in allen seyn muß, da wird er die Justiz schlecht verwalten, es sey nach preußischem oder deutschem Regime. Daß der preußische Richter — und dieß gilt denn auch, wie gesagt, von dem deutschen nach der Verhandlungsmethode, wenn die rechtsunkundigen Streiter keine Sachwalter haben, — eine unauflösbare Aufgabe, nämlich zweien Parteien in ihren entgegengesetzten Interessen seine Verwendung angedeihen zu lassen, zu lösen habe, diesem Einwande muß eben wiederum mit der Replik der Erfahrung begegnet werden, die uns die Möglichkeit der Aufgabe, also das Gegentheil der Besorgniß gezeigt hat, und ohne welche Erfahrung eben die bemerkte Erscheinung eines völligen Justitiums oder der heillosesten Unjustiz stattgefunden haben müßte. Oder wären bloß wir, die wir freilich in gar vielen Dingen weit klüger geworden sind, als unsere Väter oder es doch glauben, zu der rechten Einsicht von dem Wesen und den Erfordernissen einer guten Rechtspflege gekommen?

Man will mit allem diesen nicht in Abrede stellen, daß ein unter Assistenz von Advocaten geführter Rechtsstreit, vorausgesetzt, daß sie geschickte und berufsthätige, vor allen Dingen aber auch redliche und gewissenhafte Männer sind, dem Zweck einer gründlichen Justizpflege (von einer schleunigern, besonders aber wohlfeilern kann wohl keine Rede seyn, und doch kommt auch darauf vieles an) besser entspricht. Es soll nur so viel behauptet werden, daß in Ermangelung von Sachwaltern oder rechtskundigen Beiständen nichts weiter übrig bleibt, als dem Richter die active Stellung zu geben, die er im preußischen Prozeß einnimmt, und nach diesem sehr heilsam auch da, wo die Parteien durch Sachwalter vertreten werden; denn auch da soll der Richter, so will es wenigstens die Prozeßordnung, nicht zur Nullität versinken; er soll gegen den Sachwalter sich seines Amts bei Herstel-

lung des Factums eben so gebrauchen, wie gegen die Partei, wenn sie in Person erscheint, und es ist daher die Besorgniß, „daß der Advocat viele Fragen nicht befriedigend beantworten werde," gewiß ohne Grund. Wäre es aber wirklich also, daß die Prozeßordnung in Preußen in so wesentlichen Punkten, wie rücksichtlich der richterlichen Befugnisse gegenüber den Parteien und ihren Advocaten durch eine entgegengesetzte Praxis aufgehoben worden, wie behauptet werden will, wäre Friedrich's Geist von der dortigen Rechtspflege gewichen, und glichen die Pfleger der Justiz den Kindern Israels am Berge Sinai, die der Gesetze vergaßen und dem goldenen Kalbe anhingen, als sie Mosen nicht mehr unter sich sahen, — ja dann würde ich nichts weiter zu sagen haben! Denn es würde alsdann von selbst jedem einleuchten, daß weniger das System, als vielmehr eine verschlechterte Praxis und die, welche sie dulden, der Tadel des preußischen Prozesses träfe, in welchem sich, nach dem nun einmal herrschenden Geiste der Unzufriedenheit mit dem Bestehenden, selbst preußische Juristen, besonders von jüngerem Alter und vorzugsweise in neuerer Zeit, zu gefallen scheinen. Aber nicht zufrieden damit, das Prinzip angegriffen zu haben, will man sogar glauben machen, der preußische Prozeß sey auch sehr verzögerlich und schwerfällig! q). — Der Practiker wird leicht einsehen, was es mit diesem Vorwurf und was zu dessen Rechtfertigung a. a. O. behauptend hingestellt worden, für eine Bewandtniß hat. Kann aber ein menschlicher Gesetzgeber an den Vollstrekkern seines Willens nicht Prometheus Kunst üben, so wollen wir arme Sterbliche es nur unterlassen, ein Prozeßsystem zu ergründen, das über allen Tadel erhaben wäre. Die Frage kann immer nur seyn, welche Methode am

q) Archiv für civ. Praxis. XV. S. 297.

wenigsten Mißbräuche begünstigt? und hier möchte die preußische die nähere Prüfung wohl nicht zu scheuen haben. Uebrigens scheint es mit der Civilrechtspflege in dem wirklichen Leben dort so schlimm eben doch nicht zu stehen, wenn anders das Lob, welches derselben noch immer ertheilt wird, nicht Schmeichelei ist, — und mit dieser pflegt man doch gegen die preußischen Institutionen in dem übrigen Deutschland gerade nicht sehr freigebig zu seyn, — und wenn unter andern die Schilderung Grävell's r), welcher aber meines Wissens von den preußischen Sachsen selbst öffentlich wenigstens nicht widersprochen worden, nicht übertrieben ist, wenn er sagt: Als im Herzogthume Sachsen die preußische Gerichtsordnung eingeführt worden, hätte man eben so viele Stimmen dagegen gehört, als man Geschäftsleute gesprochen. Vorzüglich wäre die angebliche Inquisitionsmethode der Gegenstand des lautesten Tadels gewesen. Im Hintergrunde aber sey hauptsächlich der Verdruß der Richter und der Advocaten gelegen, von denen die ersteren wohl sahen, daß sie nicht die bisherige Bequemlichkeit behalten könnten, aber mehr Verantwortlichkeit übernehmen müßten, und die letzteren, daß ihr Einfluß und ihr Verdienst bedeutend verringert werde. Jetzt sey indessen die preußische Gerichtsordnung seit anderthalb Jahren (ist im Jahr 1819 geschrieben) im preußischen Sachsen eingeführt; und diese Zeit habe vollkommen hingereicht, das übereinstimmende Urtheil hervorzubringen, daß gerade sie das Allerbeste sey, was das Land von der neuen Regierung erhalten habe.

---

r) Prüfung der Gutachten der königl. preuß. Immediat-Justizcommission am Rhein über die dortigen Justizeinrichtungen. (Leipzig 1819. 8.) Th. I. S. 217. f.

## §. 23.

So viel gelegentlich von dem preußischen Prozeß und zu seiner Rechtfertigung gegen den Vorwurf der Unnatürlichkeit seiner Grundlage. Es lag hierbei dem Verfasser dieser Schrift weniger an einer Apologie dieser Prozeßmethode, als daran, zu der Ueberzeugung beizutragen, daß die als nothwendig behauptete mehr thätige Stellung des Richters in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten kein bloßes Luftgebilde sey, sondern sich bereits in einem großen deutschen Lande durch eine lange Reihe von Jahren bewährt habe. Daß übrigens das preußische Civilrechtsverfahren eben auch Menschenwerk, daher der Verbesserung fähig ist, wer wollte dieß in Abrede stellen? Vielleicht ist mit dem Gesetz: über den Mandats-, den summarischen und den Bagatellprozeß vom 1. Juni 1833 die Bahn zu dieser Verbesserung gebrochen, und es macht dem Verfasser der gegenwärtigen Abhandlung Freude, selbst wenn es, wie er auch glaubt, nur Zufall ist, daß er eben in diesem Gesetz den Anfang der Verwirklichung von Ideen findet, die er schon eilf Jahre früher geäußert hat. Er meinte nämlich *), wenn man bei der Revision dieser Prozeßordnung auf eine zweckmäßigere Redaction Rücksicht nähme, das Breite, Instruktions- und Reglementarmäßige und so manche unnöthige Wiederholungen wegschnitte, einiges Anstößige in der Stellung des Richters zu den Parteien und in seinem Berufe zur Erforschung der Wahrheit (was mehr auf Rechnung des Ausdrucks und der Fassung als des Wesens selbst kommt) modificirte, dagegen die Hauptideen von der sorgfältigen Ausmittelung des Factums durch mündliches Verhör, die so empfehlungs-

*) Beiträge Bd. I. Seite 63.

werthe Regulirung des status controversiae, die Abschaffung der Interlocute auf Beweis und aller Zwischen-Erkenntnisse aufrecht erhielte, endlich allenfalls noch zur Verbesserung des Ganzen am Schlusse und unmittelbar vor der Vorlegung der Akten zum Spruch eine mündliche Ausführung der Sache vor sämmtlichen Richtern zuließe; — so würde die so verbesserte preußische Gerichtsordnung wenig mehr zu wünschen übrig lassen.

Aus dem, was bisher über den preußischen Prozeß gesagt worden ist, wird denn zugleich die obige Behauptung (§. 20.), daß die hiernach modificirte Thätigkeit des Richters nur eine Steigerung des gemeinrechtlichen Frage- und Aufklärungsrechts sey, sich als begründet darstellen. Aber sollte diese gesteigerte Befugniß des Richters, wornach er nicht blos für die Scheidung des Nichtstreitigen von dem Streitigen, sondern auch für die Aufklärung des Streitigen sich wirksam beweist, dem gemeinen Prozeßrecht so ganz fremd seyn? Es soll dieses nun näher untersucht werden.

## §. 24.

Jedem Rechtsstreite liegen Thatsachen zum Grunde, durch die ein rechtliches Verhältniß als begründet von dem Einen der Streitenden behauptet, von dem Andern aber widersprochen wird. Da der Richter über dieses bestrittene Rechtsverhältniß entscheiden soll, so müssen ihm jene Thatsachen vorgetragen, und es muß zugleich in ihm die Ueberzeugung von deren Wahrheit gewirkt werden. Letzteres geschieht, wenn beide Theile darüber einverstanden sind, oder wenn auch nur von der einen Seite Gründe beigebracht werden (im Wege der Beweisanticipation), die jene Ueberzeugung auf rechtliche Weise dem Richter gewähren. Beides, 1) der factische Vortrag und 2) dessen Begründung, es sey durch

Zugeständniß oder Beweis, oder doch wenigstens das Erstere, der factische Vortrag, ist der Zweck des ersten Verfahrens, welches mit der Klage beginnt und gewöhnlich mit der Duplik schließt.

Das factische Vorbringen wird für vollständig angenommen, wenn rücksichtlich aller relevanten Thatsachen auf die Behauptung des einen Theils von dem andern eine Erklärung abgegeben ist, ob er sie nämlich für richtig annehme oder nicht. Daß hieran nichts mangele, dafür hat der Richter vermöge der ihm obliegenden Prozeßdirection zu sorgen. Er soll jede Eingabe genau prüfen, ob sie gehörig substantiirt, mit allen Erfordernissen für ihren Zweck versehen ist, und wenn sich hierin ein Mangel zeigt, vor der Mittheilung des Products an den Gegentheil durch die geeignete Verfügung Abhülfe bewirken. Dieß gilt ganz vorzüglich von der Klagschrift und von der Antwort darauf oder der Exceptionsschrift (richtiger Klagbeantwortungsschrift, da deren Inhalt nicht blos aus Exceptionen besteht, ja oftmals ohne dergleichen dem Zwecke der Vertheidigung entspricht), so wie überhaupt von allen Antworten auf Angriffe, wie in dem I. Abschnitte gezeigt worden.

Dieses kann aber aus Versehen unterblieben, der Aufgabe wenigstens nicht vollständig genügt seyn. Hier bleibt nun nichts übrig, als noch vor Erlassung des Erkenntnisses, wenn dieses auch nur auf Beweis ginge, (denn nach Lage der Sache, besonders wenn es an der gehörigen Litiscontestation fehlte, wüßte man ja nicht, ob und wie weit es überhaupt noch eines Beweises bedürfe,) das Mangelhafte berichtigen zu lassen, und nach Umständen durch Fragestellung den Sach- und Controversstand festzustellen (§. 16. II.). Freilich muß hiebei der Richter sich nicht die Mühe verdrießen lassen, die Klage, die Exceptionen, die Repliken mit den Antworten

oder Einlassungen darauf genau zu vergleichen, das Unstreitige von dem Streitigen, das Erhebliche von dem Unerheblichen sorgfältig zu scheiden, um hiernach die nöthige Beweisauflage einzurichten. Thut er dieses nicht, bedient er sich vielmehr, weil er bei dem Durchblättern der Akten beiläufig wahrnimmt, daß in den Angaben der Parteien Widersprüche sind, jener bequemen Formel: „Kläger habe den Grund seiner Klage und so viel ihm „daran verneint worden, zu beweisen,“ u. s. w., so wird es nicht selten geschehen, daß der eigentliche Streitstand nicht am Schlusse des ersten Verfahrens, wie es seyn sollte, sich darstellt, sondern erst aus dem angetretenen Beweise zu erkennen ist. Denn das gehört eben auch zu den Monstrositäten des Verfahrens in manchen Gerichten, — es sey nun, weil man unwissenden oder chicanirenden Advocaten ungebührlich nachgesehen hat, oder weil bei der Aufnahme der Verhandlung zum Protokoll minder mit Umsicht und Gründlichkeit zu Werke gegangen worden, — daß oftmals erst aus der Beweis-Antretungsschrift das Lückenhafte der Vorverhandlung zu ersehen ist. Es fehlt auch nicht, daß die Beweisartikel, die doch gerade eben aus der ersten Verhandlung genommen werden sollten, oft ein Product anderer factischen Compositionen sind, und daß darin Thatumstände vorgebracht werden, die mehr oder weniger in dem Verfahren ad duplicas usque übergangen sind. Freilich ist nicht zu vermeiden, daß hie und da in den Beweisartikeln Thatsachen vorkommen, wovon in der bisherigen Verhandlung nichts enthalten ist; dieses kann aber bei einer ordnungsmäßigen Procedur, und wenn unter andern der Beklagte die seiner Meinung nach unvollständige Geschichtserzählung des Klägers (nach oben Abschnitt I. §. 4. Nro. 3.) oder dieser das exceptivische Vorbringen replicando gleicherweise gehörig berichtigt hat,

bloß nach Ausnahmen und nur allenfalls von solchen factischen Umständen gelten, womit ein künstlicher Beweis construirt werden soll, wiewohl auch dießfalls die Data in dem bisherigen Verfahren schon berührt seyn sollten. So stellt sich das Factum am Schlusse des ersten Verfahrens gleichsam als ein unausgemahltes Bild dar, das erst die Beweisführung vollenden muß, statt daß diese es nur beleuchten sollte.

## §. 25.

Wäre es, daß nach dem ersten Verfahren die Thatsachen als unbestritten erschienen, so hätte der Richter nichts weiter zu thun, als selbige mit dem Gesetz zu vergleichen, und dann den Ausspruch zu fällen, ob das, was der Kläger verlangt, daraus folge oder nicht, der Beklagte also nach dem von jenem gestellten Antrage zu verurtheilen, oder von der Klage zu entbinden sey. Aber gerade die wesentlichsten Thatsachen pflegen gewöhnlich als streitig sich zu zeigen. Die Prozeßführenden, da sie das Gesetz nicht nach ihrer Absicht ändern, mithin die rechtliche Folge nicht abwenden können, die aus dem Factum sich ergibt, suchen wenigstens dieses nach ihrem Interesse zu drehen und zu wenden. Je theilnahmloser nun der instruirende Richter sich bezeigt, je weniger er bei der Darstellung des Streitverhältnisses thätig sich verwendet, oder bei dem Verfahren in gewechselten Schriften oft auch nur sich zu verwenden vermag, um desto weniger darf man erwarten, daß die Verhandlung der Sache ein anderes Ergebniß herbeiführe, als ein Aggregat von Behauptungen auf der einen, und von Widersprechungen und Gegenbehauptungen auf der andern Seite. So pflegen denn Beweisauflagen durch Interlocute, wenn die Parteien den Beweis nicht anticipiren, eine gewöhnliche Erscheinung zu seyn.

Das Beweisführen ist aber eine Last, die auch abgesehen davon, daß sie in ihrem Resultate bedenklich und ungewiß ist, wo nicht immer, doch in den meisten Fällen, durch ein rechtswidriges Benehmen des einen oder des andern Theils herbeigeführt wird, entweder dessen, der wider bessere Ueberzeugung ein Recht behauptet, und dazu unrichtige Thatumstände anführt, es sey agendo oder excipiendo, oder dessen, der das Daseyn eines wirklich bestehenden Rechts und die dafür angeführten Facta gewissenlos läugnet. Zwar jener, der wahrheitswidrig Behauptende, litte in der ihm obliegenden Beweislast, wie billig, die verdiente nachtheilige Folge seines Benehmens, wenn er nur nicht auch seinem Gegner durch die Weitläufigkeit des Beweisprozesses Unannehmlichkeiten, Sorgen und Verdruß verursachte, die durch den endlichen Ersatz der Kosten nicht immer ausgeglichen werden. Ist es vollends, daß er in der Eigenschaft als Beklagter unbegründete Ausflüchte vorbringt und die Befriedigung des rechtmäßigen Anspruchs des Klägers dadurch verzögert, so ist ohnehin nicht zweifelhaft, wer bei der frivol unternommenen Beweisführung am meisten verliert. Ich sage nichts davon, daß eine weitläufige Beweisführung, die der Behauptende hasardirt oder der Läugnende nothwendig macht, wenigstens den Erfolg haben kann, daß der eingeschüchterte Gegentheil sich zu einem Vergleiche bewegen läßt, was vielleicht der Andere nur beabsichtet und der arbeitsscheue und indolente Instruent, um der Beweisinstruction überhoben zu seyn, befördert. Auf der andern Seite läßt sich aber auch aus dem fehlgeschlagenen Beweis keineswegs ein sicherer Schluß auf die Grundlosigkeit des Anspruchs oder des Einwandes selbst machen, der den Gegenstand der Beweisführung ausmacht; weil die Erfahrung das Tibi non deficit jus, sed deficit probatio nur zu oft bestätigt, und in dem

Grade immer mehr bestätigen muß, als das Prozeßführen als eine Kunst erscheint, in welcher Gewandtheit und Geschicklichkeit, überhaupt persönliches Talent alles, die Güte der Sache für sich allein aber oft wenig vermag.

Wenn nun aber derjenige, welcher wissentlich auf unwahre Behauptungen ein Recht zu gründen sucht, oder welcher Thatsachen wider besseres Wissen läugnet, nicht nur vor dem Sittengesetz, sondern auch vor dem Rechtsgesetz als unerlaubt und strafbar handelnd angesehen werden muß, wer möchte bezweifeln, daß der Richter, vor dem der Rechtsstreit verhandelt wird, dieses so viel als möglich zu verhüten suchen müsse, und daß er, wenn er dieses thut, einer wesentlichen Forderung an sein Amt genüge? In der That vertrüge sich das Gegentheil schlecht mit seinem Berufe, der ihm überhaupt die Handhabung des angefochtenen Rechts, weßhalb er angegangen wird, und die Abwendung von Gefährdungen desselben zur Pflicht macht, und somit ganz folgerichtig auch die Entfernung alles dessen, was Hinderniß eines zweckdienlichen Verfahrens werden kann. Als ein solches Hinderniß, aber auch zugleich als ein vermeidliches Uebel, zeigt sich die Nothwendigkeit der Beweisführung, nicht nur, weil sie, wie gedacht, ein mißliches Mittel zur Erkennung der Wahrheit ist, sondern auch weil sie zur Verzögerung der Prozesse gereicht, deren Abkürzung nach Möglichkeit dem Richter obliegt. Seine Einwirkung auch in das Materielle der Verhandlung erscheint daher als Forderung an sein Prozeßleitungsamt vollkommen gerechtfertigt, sofern damit beabsichtet wird, ein richtiges Factum durch aufrichtige Angaben derer, die davon in der Regel am besten unterrichtet sind, zu erwirken. Hierzu dient nun vor allen das Mittel der Anregung des Sinnes für Wahrhaftigkeit.

Es gibt allerdings Fälle, wo die Behauptung des

Einen und der Widerspruch des Andern nicht schlechthin eine Unwahrheit von der einen oder der andern Seite annehmen lassen. Hieher gehören die Fälle, wo Handlungen eines Dritten den Gegenstand der Behauptung oder des Widersprechens ausmachen, oder wo es sich um factische Erscheinungen und deren Wirkungen handelt, die nicht Gegenstand sinnlicher Wahrnehmung sind, oder deren Erkennen besondere Kunst- oder Sachkenntnisse voraussetzt, wie z. B. die Art und Weise eines Uferbaues in ihrer Wirkung auf den ungehinderten Lauf des Flusses, der innerliche Mangel eines verkauften Thieres, der Betrag einer Schadenszufügung ꝛc. Hier kann aus dem Behaupten oder dem Läugnen einer Partei, wenn sich auch hiernächst das Gegentheil ergeben sollte, nicht schlechthin gefolgert werden, daß sie von der eigentlichen Beschaffenheit der Sache überzeugt gewesen. Freilich kann selbst hier immer noch gefragt werden, ob auch die Streitenden von der Handlung, der Begebenheit, dem Verhältniß, worüber Zweifel entsteht, sich Gewißheit zu verschaffen, die nöthige Sorgfalt angewendet haben. Die Formel in der Litiscontestation: „ich weiß nicht, läugne deßhalb, daß ꝛc.“ kann daher nicht ohne weiters und unbedingt für einen moralisch gültigen Ausdruck der Ueberzeugung angenommen werden. Der Beklagte weiß vielleicht nur nicht, was er eben nicht wissen mag. Auch hier darf es also der Instruent nicht sogleich aufgeben, seine Thätigkeit einer sorgfältigen Erkundigung nach dem Sachverhältniß zuzuwenden, und durch geeignete Zusprache an der angeblichen Ignoranz zu rütteln.

## §. 26.

Es ist hier vor allen noch einem Einwurfe zu begegnen, nämlich daß der Civilrichter durch das Prädicat eines ausgedehntern Fragerechts in eine seiner Bestimmung

fremde Sphäre versetzt werde, in die eines Inquirenten im Strafverfahren. Es ist aber nicht schwer einzusehen, daß diese Vorstellung auf einer Verkennung der Eigenthümlichkeiten in der Wirksamkeit des bürgerlichen und des Strafrichteramts beruhe, und daß der Civilrichter bei der ihm beigelegten Befugniß, durch Fragen dem Sachverhältniß näher auf den Grund zu kommen, zu einem Uebergriff in einen ganz fremden Wirkungskreis niemals versucht werden könne, wenn er anders seinen Beruf richtig aufgefaßt hat. Vergesse man doch nur nicht, daß die Thätigkeit des Richters bei der Instruction eines Criminalprozesses nach Gegenstand, Zweck und Modalitäten eine ganz andere ist und immer bleiben wird, als bei der Instruction eines Civilrechtsstreits, bei welch letzterem schon der Umstand, daß der Richter nur auf die Aufforderung von Privatpersonen, die über veräusserliche Rechte miteinander streiten und in so fern ihm die Grenzen seiner Thätigkeit vorschreiben, eine wesentliche Verschiedenheit in der Procedur bedingt. Hier sind die Regeln des Verfahrens darauf berechnet, daß die Normen für die sichere Annahme einer formalen Wahrheit begründen, auch ist jede von den Eigenheiten des concreten Falles, von den Individualitäten der Person oder Sache ausgehende und von jenen allgemeinen Normen abweichende Maßregel dem Richter entzogen; anders in dem Strafprozesse, wo er nicht nur von Amtswegen, sondern auch nach eigener gewissenhafter Ueberzeugung von der Sachdienlichkeit der, wie sich von selbst versteht, im übrigen gesetzlich nicht ausgeschlossenen, Mittel mit deren Anwendung verfährt, wo er an keine für alle Fälle genau voraus vorgeschriebene Formen, zu geschweigen an Fatalien und Präclusivfristen gebunden ist, und wo die Grenzen und Modificationen seiner Wirksamkeit häufig bloß durch die be-

sondern Umstände des Falles bestimmt werden, — alles für den Zweck, die Erkenntniß der wirklichen Wahrheit zu erstreben. Daher ist es auch hier Aufgabe seines Amts, für die Aufsuchung und Herbeischaffung von Beweismitteln zu sorgen. Dieses alles bildet eine sehr sichtbare Scheidewand zwischen den beiderlei Verfahrungsarten. Ferner: in Civilsachen macht das Zugeständniß einer Partei ordentlicherweise alle weitere Nachfrage nach sonstigen Beweisgründen entbehrlich; es kann auf selbiges allein eine Verurtheilung gebaut werden, selbst wenn nach den Umständen erhellen sollte, daß die Partei weniger aus Ueberzeugung von der Wahrheit des Eingeräumten, als nur aus Nachgiebigkeit und mit Verzicht auf ihr Recht das Zugeständniß gemacht habe. Dagegen ist dieses dem Criminalrichter für sich allein durchaus ungenügend, er fragt auch nach der Wahrheit des Geständnisses und verlangt, daß es durch die Umstände unterstützt werde. Noch mehr: der Inquirent bleibt nicht bei dem allein stehen, was als Product der Willensthätigkeit des Handelnden in die Reihe der Erscheinungen getreten ist; auch seine Gedanken sucht er zu erforschen, sein Inneres soll er ihm aufschließen, theils um die Wahrheit des Geständnisses zu prüfen, theils um Materialien für die Erkenntniß des Zurechnungsgrades herbeizuschaffen. Welche Veranlassung hätte der Civilrichter, hiernach zu fragen? wie dürfte er, selbst nach dem Untersuchungsprinzip, sich beigehen lassen, seine Blicke bis dahin zu richten? und was könnte dabei überhaupt sein Zweck seyn? Da es bei dem Streit über Privatrechte nicht auf das, was in dem Menschen vorgeht, sondern nur auf äussere Handlungen wesentlich ankommt, so würde den Civilrichter bei jedem dergleichen Versuche der Vorwurf einer unziemlichen Neugierde und des unschicklichen Eindringens in die Geheimnisse der Parteien

treffen *), indeß es dem Inquirenten zum Verdienst angerechnet wird, je mehr es ihm gelingt, in die verborgenen Falten des Herzens eines Angeschuldigten einzudringen, und was sonst der Mensch vor den Blicken Anderer zu verbergen das Recht hat, zu erspähen und an das Licht zu ziehen, alles darum, weil es nicht auf das Erkennen der That allein, sondern auch des Willens, der Absicht und der Beweggründe dabei ankommt. — Dazu kommt ferner noch, daß im bürgerlichen Prozeß der über den Grund oder Ungrund eines Thatumstandes befragten Partei die hinlängliche Zeit gelassen wird, sich über die abzugebende Antwort zu bedenken; es werden ihr die Umstände, worauf man ihre Erklärung fordert, nach allen ihren Beziehungen nicht urplötzlich vorgehalten, um auf der Stelle und unvorbereitet darauf zu antworten, man läßt ihr vielmehr die nöthige Muße zur ruhigen Sammlung und genauen Ueberlegung, auch ist es ihr nicht verwehrt, sich hiebei fremden Rathes und Beistandes zu bedienen, und wenn sie an die Pflicht der Wahrhaftigkeit erinnert, bei ihrer Behauptung oder ihrem Widerspruche beharrt, so hat es dabei das Bewenden. Der peinlich Angeklagte dagegen wird aus der Haft vor seinen Richter geführt; rath- und hülflos sich selbst überlassen muß er auf die an ihn gestellten Fragen augenblicklich Rede und Antwort geben, und jedes

*) Auch der preußische Civilrichter ist angewiesen (A. G. O. Th. III. Tit. 3. §. 25. f.), bei Erforschung der Wahrheit „sich weder durch eine unschickliche Neugier, noch durch andere unlautere Beweggründe verleiten zu lassen, den Parteien mit Fragen zuzusetzen, die auf unnöthige Erforschung der persönlichen und Familienumstände, oder andere Geheimnisse der Parteien abzielen, und wenn eine Partei unter dem Vorgeben, daß eine ihr vorgelegte Frage von dieser Art sey, deren Beantwortung verweigert, so darf der Instruent, wenn er sie darüber nicht glimpflich verständigen kann, deßhalb nicht weiter in sie dringen."

Zögern würde als Anzeige eines bösen Gewissens gelten. Es wird ihm nicht vorher gesagt, ob er heute, morgen oder übermorgen zum Verhör komme, noch weniger, worüber er werde gefragt werden; der Richter ist auch mit einer einmal abgegebenen Antwort auf einen Fragpunkt nicht zufrieden, der Angeschuldigte muß sich gefallen lassen, daß ihm der nämliche Umstand in verschiedener Stellung, unter wechselnden Wendungen des Gedankenausdrucks und zu wiederholten Malen vorgehalten wird, um ihn zum Widerspruche mit sich selbst und so zum Bekenntniß seiner Schuld zu bringen, oder wenn er diese harte Probe besteht, zur Ueberzeugung von seiner Unschuld zu gelangen. — Dieß alles verhält sich anders im Civilverfahren. Niemand denkt daran, hiebei auf solche Weise zur Erkenntniß der Wahrheit zu gelangen, und alles wohl erwogen, bedarf es dessen schon darum nicht, weil die Wahrheit zu ermitteln, hier eine Kraft wirksam wird, deren man im Strafprozesse entbehren muß, nämlich das unmittelbare Interesse einer Gegenpartei, die der Richter für den Zweck nur zu unterstützen braucht. Mag also der Instruent einer Partei noch so eindringliche Vorhalte machen, und ihr Gewissen durch wiederholte Ermahnungen schärfen, das macht ihn nicht zum Inquisitor, es leuchtet vielmehr ein, daß dieser letztere seine amtliche Aufgabe sehr unvollkommen erfüllen würde, wenn er sich auf die hier dem Civilrichter vindicirte Thätigkeit allein beschränken wollte.

Man behauptet ferner: nach dem Untersuchungsprinzip werde von dem Civilrichter verlangt, daß er für die Beischaffung von Beweismitteln sorge. Dieß ist ohne Grund. Das Beweisführen ist immer eine Obliegenheit der Parteien und wird es bleiben müssen. Aber erleichtern darf und soll er ihnen diese Last, über-

haupt die der Erkenntniß des wahren und eigentlichen Sachverhältnisses entgegenstehenden Hindernisse nach Möglichkeit entfernen, damit schon das erste Verfahren für die Annäherung der Betheiligten in ihren divergirenden Ansichten und für die Hebung des daraus entstandenen Zwiespalts sich fruchtbarer ergebe, als dieses gewöhnlich der Fall zu seyn pflegt. Ueberhaupt hat man zwischen Beweis-Mitteln und Beweis-Gründen auch hier wohl zu unterscheiden. Jene herbei zu schaffen, ist immer Sache der Parteien; aber Beweisgründe aufzusuchen, Gründe, die die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit der vorgebrachten Thatsachen zu bestimmen vermögen, zu sammeln, dieses gehört vorzugsweise zum Amte des Richters. Dabei muß natürlich vorausgesetzt werden: einmal, daß der Richter nicht über das Begehren der Parteien hinausgehe, und dann, daß er bei der Benützung des zu seiner Ueberzeugung gegebenen Stoffes nicht vergesse, daß diese seine Ueberzeugung auch an die civilrechtlich bestimmten Beweisregeln gebunden ist.

Der Richter, der mit Liebe zu seinem Berufe zugleich Geschäftserfahrung und Umsicht verbindet, wird sich übrigens bei seinen Ermahnungen und Vorhalten zur Erzielung richtiger Angaben nicht bloß auf die Gemeinplätze von der Tugend der Wahrhaftigkeit beschränken, sondern auch die allenfalls sich zeigenden Unwahrscheinlichkeiten, Inconsequenzen und Widersprüche in dem gegenseitigen Vorbringen für seinen Zweck zu benützen verstehen. Hie und da dürfte es ihm auch nicht an noch wirksameren Mitteln zur Erzielung einer getreuen Angabe des thatsächlichen Verhältnisses fehlen, ich meine aktenmäßige Anhaltpunkte und Data, die mit der Behauptung oder dem Läugnen im Widerspruche stehen. Es ist hier nicht von solchen Umständen die Rede, die aus den Prozeßakten selbst hervorgehen, da diese ohne-

hin für eigentliche Beweisgründe und noch dazu sehr stringente gelten, sondern von solchen, die anderwärts aktenmäßig constiren. Hätte z. B. der Beklagte die jetzt abgeläugnete Schuldforderung vielleicht vor einigen Jahren, da er seinen Kindern ihr Muttergut vor dem nämlichen Richter hat reguliren lassen, unter seinen Passiven in dem eingereichten Inventarium aufgeführt, und dem Instruenten wäre dieß erinnerlich, so würde dieses wohl ein sehr günstiges Emergens seyn, den läugnenden Schuldner auf andere Gedanken zu bringen. Oder sollte etwa der instruirende Richter hievon keinen Gebrauch machen dürfen? Ich glaube kein vernünftiger Mensch wird daran zweifeln, daß jener, wenn er seine aktenmäßige Wissenschaft unterdrückte, sich der Mitwirkung zu einem Betruge schuldig machen würde. Was aber die Modalitäten dieses Gebrauchs anlangt, so wird ein denkender Mann, der zugleich einige praktische Fertigkeit besitzt, nicht darüber in Zweifel seyn. Wird mit den Parteien mündlich zum Protokoll verfahren, so ist die Sache von selbst ganz unbedenklich, da der Verkehr zwischen Richter und Parteien ohnehin aus Vorhalten und Fragen von der einen, und aus Antworten von der andern Seite besteht und daraus das Product der Verhandlung sich ergibt. Aber auch im schriftlichen Verfahren kann im Wege der Decretur der Zweck erreicht werden, selbst wenn schon in der Sache geschlossen ist (cum judici nunquam concluditur), es sey im Wege der Anwendung des richterlichen Fragerechts, oder des Sühneversuchs, oder ohne weiters durch Anberaumung eines Termins zur Erklärung über das novum emergens. Will dann die Partei, zu deren Gunsten dieses Novum gereicht, davon keinen Gebrauch machen, so hat es natürlich dabei das Bewenden, und es wird dem Richter nicht einfallen, ihr in ihrem Entschlusse vorzugreifen.

## §. 27.

Ich kann mir vorstellen, daß man gegen die hier aufgestellten Ansichten von der richterlichen Wirksamkeit, ausser dem, was bisher schon bemerkt und zu widerlegen versucht worden, noch manches einzuwenden haben wird. Man wird zwar nicht verkennen, daß eine solche Stellung des Richters für die Parteien, besonders die, welche des Beistandes eines Rechtsanwaltes entbehren, sehr wohlthätig sich äussern müsse, wenn anders der Richter dem in ihn gesetzten Vertrauen zu entsprechen Kraft und Willen hat. Man wird aber einwenden, daß eine solche Stellung nicht in das System des gemeinen Prozesses oder vielmehr in die Theorie, die man sich durch Abstractionen aus dem Verhandlungsprinzip gebildet hat, passe. Zugleich wird man mir eben wieder das Schreckbild von einer Obervormundschaft über selbstständige Personen *t*) und von einem Eingriffe in die Dispositionsrechte der Betheiligten vorhalten. Auch an der practischen Anwendbarkeit dieser richterlichen Verwendung wird man zweifeln, weil es, was besonders die Ermahnungen zur Wahr-

---

*t*) Wer das Leben und den Verkehr der Menschen länger beobachtet hat, wird genug wissen zur Ueberzeugung, daß gewisse Vorstellungen von der Volksmündigkeit u. dgl., wie sehr sie zu den Lieblingsideen der Zeit, in der wir leben, gehören, doch noch lange nicht für das practische Leben reif sind. Aber es kann dahin wohl noch kommen, wenigstens zu Versuchen! — Ist es doch noch nicht lange her, daß man in einer deutschen Ständeversammlung, von jener Vorstellung begeistert, — freilich mit gänzlicher Verkennung des Wesens und der Tendenz der gesetzlichen Institution — den jura minorum der Gemeinden förmlich den Krieg erklärte. Es sey, meinte man, unverantwortlich, diese Körper ewig wie Unmündige zu behandeln und unter Curatel zu halten! — Vielleicht erleben wir es noch, auch unsern Minderjährigen von der manchen ohnehin so lästigen Vormundschaft befreit zu sehen.

heit betrifft, am Ende doch hauptsächlich auf die Empfänglichkeit der Parteien ankommt, wenn ein gedeihlicher Erfolg sich versprochen werden soll.

Was das letztere Bedenken oder die Frage betrifft: ob die Verwendung des Richters für die Erzielung wahrhafter Angaben auch practisch sey, so soll hievon und von den Modalitäten dieser Verwendung hernach gehandelt werden. Anlangend dagegen den Zweifel an der Rechtmäßigkeit der richterlichen Bemühung für die Erforschung der Wahrheit und die Vorstellung von der Unvereinbarlichkeit mit der Rechtsfreiheit der Parteien und mit dem Systeme des gemeinrechtlichen Verfahrens, so will man hier nur noch folgendes bemerken.

Wenn von Einschreitungen, die der Richter zum Besten einer seine Hülfe nachsuchenden Partei machen soll, die Rede ist, so versteht es sich zuvörderst von selbst, daß sie unbeschadet der gleichdurchgehenden Gerechtigkeit und ohne Eingriff in das Rechtsgebiet der andern Partei geschehen müssen. Daß aber solche von demjenigen Theil, zu dessen Besten sie geschehen, nicht als ein Eingriff in seine rechtliche Selbstständigkeit werden angesehen werden, wird wohl niemand bezweifeln; man müßte ja sonst in der That eine solche Partei wo nicht für verrückt halten, doch gewiß unter die Sonderlinge der seltensten Art zählen. Es kommt dazu, daß sie alles, was der Richter zu ihrem Vortheile thut und unternimmt, mit den kurzen Worten: das will ich nicht, sogleich unwirksam machen kann. So wird man dann aber auch dem Systeme des gemeinen Prozesses nicht zu nahe treten; denn man kann doch unmöglich annehmen, daß nach demselben eine Achtung vor der Persönlichkeit der Parteien gelehrt werde, ähnlich der Discretion, nach welcher man den ins Wasser Gefallenen ertrinken läßt, weil man ihn nicht anders retten könnte, als indem man ihn unsanft bei den Haaren faßte. Aber

man pflegt ja doch sonst den Fuß nicht nach dem Leisten, sondern den Leisten nach dem Fuß zu richten. Anders möchte man sich versucht fühlen, von einem so unnatürlichen System zu glauben, daß Friedrich der Große so unrecht nicht urtheilte, wenn er in jener bekannten Cabinetsordre vom 14. April 1780 *u*) sagte: „Ich kann kaum „glauben, daß jemalen einer der alten und vernünftigen „Gesetzgeber auf die Gedanken gerathen seyn könne, eine „dergleichen unnatürliche Prozeßordnung statuiren zu wollen, und vermuthe vielmehr, daß die Barbarei späterer „Zeiten, und die Bequemlichkeit der Richter, diese „Mißgeburt veranlaßt haben.“

Daß die alten Gesetzgeber und römischen Juristen niemals so ausschweifende Vorstellungen von der Beschränktheit der richterlichen Befugnisse gegenüber der privatrechtlichen Freiheit der Parteien, aus Besorgniß einer Beeinträchtigung der letztern, gehabt haben, als manche unserer heutigen Prozeßsystematiker, ergeben schon die oben §. 17. angeführten Gesetzstellen, so wie die ganze Tendenz des Pandectentitels de interrogationibus in jure faciendis. Aus dem Grundsatze von der Achtung der privatrechtlichen Freiheit der Streitenden u. s. w. ein so schroffes und zu den Bedürfnissen des practischen Lebens so wenig passendes System von Grenzbestimmungen für die richterliche Gewalt abzuleiten, wie wir thun, würde den römischen Juristen wohl sehr wunderlich, wenigstens als ein in foro unbrauchbares Ding erschienen seyn. Wie hätten sich auch dergleichen Spitzfindigkeiten mit ihrem practischen Sinne? — wie mit ihren Ansichten von der utilitas publica vertragen, nach welcher sich in so vielen Fällen das strenge Recht und die „ratio disputandi“ be-

---

*u*) Ist der im Jahr 1781 im Druck erschienenen ersten Ausgabe der Prozeßordnung (I. Theil des corp. jur. Frid.) vorgedruckt.

quemen mußte *v*)? Merkwürdig ist besonders die Erklärung, die uns Ulpian von der richtigen Bedeutung des Satzes: ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest *w*) gibt, wenn er sagt: solemus quidem dicere: id venire in judicium, de quo actum est inter litigantes; sed Celsus ait: periculosum esse, ex persona rei hoc metiri, qui semper, ne condemnetur, hoc dicet: non convenisse. Quid ergo? melius est dicere: id venire in judicium, non de quo actum est, ut veniret, sed id non venire, de quo nominatim actum est, ne veniret *x*).

Die Achtung der parteilichen Rechtsfreiheit besteht also nicht darin, daß der Richter nur über diejenigen von den vorgebrachten Streitmaterialien zu cognosciren hat, die ihm die Parteien als solche, worüber er zu cognosciren habe, bezeichnen, sondern daß er nur nicht solche zum Gegenstande seiner Cognition mache, welche sie ausdrücklich und namentlich davon ausgenommen haben, wobei es denn natürlich nicht auf den Beklagten, als abwehrenden, daher bei der Unvollständigkeit des Angriffssystems vortheilhaft interessirten Theil, sondern vielmehr auf den angreifenden ankommt, er sey im übrigen eigentlicher Kläger oder auch Beklagter (Abschnitt I. §. 2. 5.).

---

*v*) §. 2. J. de usufructu (2, 4.). — l. 26. pr. D. mandati (17, 1.). — c. 1. C. de acquirenda poss. (7, 32.) — Multa jure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest, l. 51. §. 2. ad L. Aquil. (9, 2.) — Und welche Gewalt dießfalls selbst der Praxis eingeräumt wurde, erhellet unter andern aus l. 13. D. de legibus (1, 3.) verbis: quotiens lege aliquid, unum vel alterum introductum est, bona occasio est, caetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri.

*w*) L. 18. D. communi dividundo (10, 8.).

*x*) L. 61. pr. de judiciis (5, 1.).

Daß die hier vertheidigte Theorie von der richterlichen Erforschung des eigentlichen Thatbestandes durch Anregung des Sinnes für Wahrhaftigkeit in den Parteien, auch practisch sey, erhellet schon aus dem, was vorhin bemerkt worden, ohne daß es nöthig wäre, mit Anführung von Beispielen in das Detail der verschiedenen Momente und Beziehungen einzugehen, in denen sich die Wirksamkeit eines umsichtigen und thätigen Richters für den Zweck der Aufklärung streitiger factischer Verhältnisse wohlthätig bewähren wird. Es wird ihm begreiflich nicht immer gelingen, seine Absicht zu erreichen, also die Parteien zur wahrhaften Angabe dessen, was sie von der Sache wissen, zu vermögen. Aber wenn auch nur ein Theil der Prozesse aus seinem Zustande der Verwickelung herausgehoben und dadurch abgekürzt wird, so muß dieß schon als Gewinn gelten. Alles oder doch sehr vieles wird aber davon abhängen, ob der Prozeß mit den Parteien allein und unmittelbar, oder mit Sachwaltern instruirt wird. Wir wollen zuvörderst den ersten Fall in das Auge fassen.

## §. 28.

Wird die Verhandlung mit den Parteien allein gepflogen, so kommt hiebei in Erwägung, daß diese häufig, man darf sagen in der Regel, ausser Stande sind, von sich selbst eine vollständige und zusammenhängende Geschichte der Veranlassung des Streits, zu geschweigen eine solche, die allen auf die Entscheidung Einfluß habenden Beziehungen entspräche, zu liefern. Es bringt dieses die Bildungsstufe, auf der sie stehen, mit sich und daß sie keine Rechtsverständige sind, mithin nicht wissen, was eigentlich zur Sache gehört oder nicht. Was daher als Vortrag der Parteien zu Protokoll niedergeschrieben wird, ist gewöhnlich das Resultat mannigfaltiger Fragen und

Erkundigungen des Instruenten, wodurch er in das Innere des Streitverhältnisses einzudringen und die mancherlei Verbindungsfäden aufzufinden sucht, woran das Factum geknüpft ist. Diese untersuchende Thätigkeit des Instruenten äussert sich aber auf eine zweifache Weise für die Entwickelung des Thatbestandes des Streits fruchtbar, und zwar erstens ergänzend y) in Ansehung des mangelhaft Vorgebrachten, und dann erörternd, was das Bestrittene betrifft. In der erstern Beziehung handelt es sich um die Frage: was ist von dem factisch Vorgebrachten streitig? in der letztern darum: mit welchem Grund ist es streitig?

A. Für das Erste geht die Sorgfalt des Richters darauf, mit Zuverlässigkeit zu vernehmen und aktenmäßig zu machen: a) den Anspruch der einen Partei an die andere, und was diese davon zugesteht oder nicht; b) das zur Begründung dieses Anspruchs thatsächlich Behauptete, und was hievon eingeräumt oder widersprochen wird; endlich soll c) die Versicherung gegeben werden, daß die Parteien alles Behauptete und Widersprochene auch mit Bewußtseyn, Ernst und Ueberlegung behauptet und widersprochen haben. Durch diese richterliche Thätigkeit soll also das Vorbringen des einen und des andern Theils, und zwar eigentlich ehe es noch niedergeschrieben wird, schon als Ergebniß der mündlichen Unterredung des Instruenten mit den Streitenden — die rechte, fruchtbare Mündlichkeit!

---

y) Man wird diese Ergänzung nicht mit jener richterlichen Function verwechseln, die man unter dem Namen des suppletorischen Richteramts kennt. Denn bei diesem werden keine Thatsachen ergänzt, wohl aber bei der Handlung, wovon hier die Rede ist. Auch ist es nicht der Richter, der ergänzt, sondern unter seiner Leitung die Parteien, indem diese ihr unvollständiges Vorbringen berichtigen und modificiren.

— zu der nöthigen Vollständigkeit gebracht werden, damit nicht erst späterhin durch Fragestellung das Mangelhafte in der Darlegung der Entscheidungsmaterialien berichtigt werden muß. Denn dadurch würde nicht nur eine doppelte Arbeit veranlaßt, sondern der Sache selbst geschadet werden, weil eine einmal durch die Schrift fixirte und aktenmäßig gemachte Behauptung oder Negation minder leicht zurückgenommen wird, als eine bloß mündlich und gesprächsweise vorgebrachte.

B. Für das Andere zeigt sich aber der Vortheil dieses nähern Eindringens in das Factum darin, daß unrichtige Angaben und Widersprechungen gegen bessere Ueberzeugung mittelst angemessener Remonstrationen beseitigt und Beweisführungen, wo nicht ganz entbehrlich gemacht, doch abgekürzt und vereinfacht werden können. Dieß ist der Zweck dieser Erörterung, die man zwar füglich auch eine Untersuchung nennen kann, da dieser Ausdruck eben die Thätigkeit des Richters bezeichnet, die hier wirksam ist, auf die man aber den Begriff der Untersuchung im Strafprozeß nicht anwenden, daher auch an dem Ausdrucke keinen Anstoß nehmen wird, weil ja die letztere, nach dem, was vorhin erinnert worden, ihrem Wesen und Gegenstande nach, sowie in ihren subjectiven und objectiven Beziehungen eben so eine ganz andere ist, wie auch diejenige Thätigkeit des reflectirenden Verstandes eine andere ist, die der Richter in der Sphäre der Urtheilsfällung anwendet, die wohl ebenfalls Untersuchung genannt wird. (Vergl. §. 20. Note k.)

Es ist hier vor allen als eine der Bedingungen des Gelingens dieser erörternden Thätigkeit (auch von der ergänzenden gilt es), von Seiten des Instruenten zu bemerken, daß er mittelst einer Art von mündlichem Vorverfahren im Wege einer umständlichen Unterredung mit den Parteien über das Streitverhältniß die

nöthige Information sich zu verschaffen suchen und dann erst, also nicht zu frühzeitig, mit der Aufnahme zum Protocoll verfahren muß. Von einem Advocaten, welcher gleich auf das erste Vorbringen einer Partei, die in einer ihm noch nicht bekannten Angelegenheit seine Hülfe sucht, die Feder ansetzte, um eine Klag- oder Beantwortungsschrift zu verfassen, würde jeder urtheilen, daß derselbe von seinem Berufe sehr unvollständige Vorstellungen habe. Man würde ihm Nachlässigkeit und Pflichtwidrigkeit vorwerfen, und dieß nicht ohne Grund; denn es würde der Erfolg seiner Arbeit für die von ihm zu vertretende Sache nur sehr zufällig dem Zweck entsprechen. Aber viele Richter scheinen hier gleichsam auf eine Art von Inspiration zu bauen, die sie ohne alle Mühe gleich das Wahre und Rechte erkennen läßt. Kaum hat die Partei aufgehört zu reden, — so gut sie es eben vermag, — so wird schon das Vorbringen zum Protokoll niedergeschrieben. Bisweilen wartet man nicht einmal, bis sie sich gehörig ausgesprochen hat, sondern fährt dem successiven Vorbringen gleich mit der Feder nach. Da kann es denn freilich nicht fehlen, daß sehr vieles zu Papier gebracht wird, was sich bei näherer Erkundigung anders dargestellt haben würde. Dazu kommt, abgesehen von den Schwierigkeiten, ein Protokoll abzuändern, daß das nur erst mündlich ausgesprochene Wort, wie schon bemerkt worden, sich ungleich leichter berichtigen läßt, als wenn das Gesprochene schon einmal in Schwarz auf Weiß dasteht. — Wenn ich bei dieser Betrachtung länger verweilte, als manchem Leser nöthig scheinen wird, so mögen mich die häufigen Erfahrungen von dieser Unterlassung und ihren Folgen entschuldigen.

Man vergesse nicht, daß hier von dem Instruiren des Prozesses mit rechtsungelehrten Parteien allein, also zum Protokoll die Rede ist, und daß es hier der Richter

in seiner Macht hat, durch die vorgängige umständliche Unterredung und Befragung nachherige Zweifel zu entfernen. Wenn übrigens auch die Klage und Antwort bereits zu Papier gebracht seyn sollte, so ist doch noch nicht die Hoffnung aufzugeben, bei dem Fortgange der Verhandlung, namentlich bei dem Vergleichsversuche, noch den Zweck zu erreichen, und hievon besonders, also von dem Fall, wo es die Berichtigung von schon niedergeschriebenen Erklärungen gilt, soll jetzt gehandelt werden.

## §. 29.

Wer die Handlungsweise der in foro streitenden Parteien, besonders der nicht mit Rechtsanwälten auftretenden, aus den niedern Ständen, zu beobachten Gelegenheit gehabt hat, wird die Erfahrung gemacht haben, daß nicht selten weniger eine geflissentliche Entstellung der Wahrheit, als vielmehr ein bloßer Mißverstand eine Verschiedenheit in dem beiderseitigen Vorbringen herbeiführt. Das Neinsagen, wo der Andere ja sagt, ist bei dem gegen einen Angriff sich Vertheidigenden, überhaupt in dem Verhältnisse des Streites selbst, das eben aus einer Verschiedenheit der Ansichten entsteht, in gewisser Art natürlich zu nennen, in so fern nämlich, als von dem geltend gemachten Anspruch und der Abwehrung desselben die Rede ist. Dieser Widerspruch in der beiderseitigen Meinung von dem, was recht ist, ohne welchen überhaupt gar kein Streit seyn würde, kann aber nur von dem Recht selbst als dem Gegenstande des Behauptens und Verneinens, als nothwendig gelten, nicht von den zu dessen Begründung angeführten thatsächlichen Umständen. Diese können, wenigstens zum Theil, wahr oder unwahr seyn, ohne daß dadurch das Recht selbst wesentlich verändert wird. Der Kläger kann

seine Klage, der Beklagte seine Einreden wenigstens theilweise auf unrichtige Thatsachen gebaut haben, und doch sein Recht im übrigen wohl fundirt seyn, oder es können auch gewisse Thatsachen in Richtigkeit bestehen, und daraus doch der Anspruch nicht folgen, worüber gestritten wird. Gleichwohl geschieht es, daß beide, das Recht und die Momente seiner Begründung, während der Streitführung öfters verwechselt und vermengt werden. Der Beklagte negirt die eingeklagte Forderung und dieses vielleicht mit Grund, und er negirt zugleich die dafür angeführten Entstehungsursachen, und dieses vielleicht ohne Grund, sey es, weil er deren Gewicht in der Wage der Entscheidung nicht kennt, daher im Zweifel alles Angeführte läugnet, oder überhaupt weil es eben sein Gegner ist, der die Umstände für sich anführt. So bringt es gewissermaßen seine Rolle als Contradicent mit sich, daß das Widersprechen bei ihm zu einer gewissen Geläufigkeit wird, und so kann es denn geschehen, daß bei der Antwort oder Einlassung auf die angriffsweise vorgebrachten Thatumstände, oft vielleicht mehr unwillkührlich als mit Vorsatz, manchen Behauptungen des Gegners rasch mit einem Widerspruche begegnet wird, auf welchem der Widersprechende bei näherer Befragung zu beharren nicht gemeint ist. Dieses gilt denn auch von dem Angreifenden, wenn er bei der Ausführung seines Anspruchs hie und da, wie man sagt, den Mund etwas voll nimmt, und etwa Thatsachen behauptend hinstellt, wovon er wohl Manches sich abhandeln läßt. In so fern kann man allerdings die Behauptung, deren hernach (§. 34.) gedacht, derselben übrigens als irrig und in juristischer sowohl, als in moralischer Hinsicht gefährlich, widersprochen werden wird, zugeben: „daß es nämlich in der Natur der Stellung der Parteitn gegen einander liege, die Wahrheit, so weit sie ihnen nachtheilig ist, nicht zu sagen," —

richtiger: daß sie zur Geltendmachung eines Rechts oder bei der Vertheidigung dagegen unrichtige oder doch nicht ganz lautere Thatsachen anzuführen, so wie anderer Seits wahre Thatsachen in Zweifel zu stellen versucht seyn können. Aber dieser Reiz zur Entstellung der Wahrheit soll eben durch angemessene Vorhalte geschwächt werden, was überhaupt eine Forderung der Vernunft ist, welche Irrthümer und Mißverständnisse zu vermeiden und zu entfernen lehrt. Man muß auch bei einer Partei, die nicht ganz in Lügenhaftigkeit versunken, oder durch böse Rathgeber verleitet ist, nicht zu schnell daran verzweifeln, daß angemessene Vorstellungen bei ihr nichts fruchten möchten. Das Gewicht der Wahrheit, und daß nur bei dieser Zusammenhang und Haltung zu erreichen ist, erleichtert an sich schon die Bemühung des Richters in seinen Nachforschungen, wenn er mit Menschenkenntniß und practischem Takt Liebe zu seinem Berufe verbindet. Hiezu dürfte denn aber doch auch noch zu rechnen seyn, daß in diesem Sinne wenigstens — nicht alle Menschen Lügner sind. Die Scheu vor den Folgen eines gewissenlosen Läugnens, selbst der Gedanke, vor dem Richter in einem unwürdigen Licht sich darzustellen, wenn hiernächst das Gegentheil ermittelt werden sollte, erscheint immer noch als ein mächtiger Hebel des im Menschen in der Regel doch nicht ganz erstorbenen Sinnes für Wahrheit und menschliche Würde. „Das will ich gerade nicht läugnen," — sagt der mit einer Darlehnsklage belangte Beklagte, nachdem er Anfangs schlechthin die Forderung von Zinsen in Abrede gestellt hatte, — „daß ich dem Kläger Zinsen von dem Vorlehen versprochen habe, aber von fünf Prozent, die er fordert, war keine Rede." — Der Instruent hatte hier, ohne vorher gehörige Information einzuziehen, nur frisch darauf los protokollirt. Erst nachher entstunden bei ihm Zweifel, und so ergab sich denn bei näherer Befragung

das Resultat, daß von der als widersprochen erscheinenden Zinsforderung (es war über das Darlehen kein Schuldschein ausgestellt worden, der den Zweifel freilich von selbst hätte heben können) nicht das Zinsversprechen überhaupt verneint werden wollte, sondern nur das geforderte Quantum, und dieses hätte vielleicht als dem landesüblichen Betrage angemessen gar nicht einmal eines Beweises bedurft. Es läßt sich annehmen, daß, wenn in dem angegebenen Beispiele der Richter alles mit den Partcien vom Anfang an, und zwar zuerst mündlich verhandelt und dabei die Streitenden mit Ruhe angehört hätte, oder sofern ein Verfahren in Satzschriften stattgefunden, wenn die nöthige Prüfung derselben angewandt worden wäre, es alsdann nicht dieser Berichtigung bedurft hätte. Allein jenes geschah nicht, und so hat der Mangel, es sey nun der nicht deutlich und punktweise gefaßten Klagschrift, oder der speciellen Litiscontestation, die berichtigende Maßregel nothwendig gemacht. Wäre diese ebenfalls ausser Acht gelassen worden, hätte der Richter auf die unvollständige Einlassung hin in folle auf Beweis der scheinbar widersprochenen Thatsache des Zinsversprechens erkannt so würde etwas ganz Ueberflüssiges geschehen seyn, und es hätte sich wahrscheinlich erst nach Erlassung des Beweisinterlocuts und Betretung des Probatoriums ergeben, was bei ordnungsmäßiger Behandlung gleich anfangs ins Klare zu setzen, oder doch wie hier durch die remedirende Thätigkeit des Richters nach der Einlassung noch zu ergänzen gewesen wäre.

## §. 30.

In dem hier gegebenen Beispiele ist freilich die Sache sehr einfach; aber es zeigt sich bei der Instruction der Prozesse gar häufig eine Abweichung in dem beiderseitigen Vorbringen, wo die Sache mehr Schwierigkeiten zu haben

scheint, womit es sich aber im Grund ebenso verhält. Statt durch sorgfältige Erkundigung in dem Sachverhältniß sich genau zu orientiren, geschieht es, daß man mit der Aufnahme des beiderseitigen Vorbringens zu eilfertig verfährt, die Parteien nicht recht zu Worte kommen läßt, und so das nur halb Aufgefaßte zu Papier bringt. Der hiernach als negirend erscheinende Theil findet sich dann gerade nicht berufen, dem nicht weiter nachfragenden Instruenten mit der Correctur seines Protokolls Mühe und Verdruß zu verursachen. So kann es natürlich nicht fehlen, daß, wenn es hiernächst zur Entscheidung kommen soll, in Folge des unvollständigen ersten Verfahrens z) mehr factische Punkte als bestritten sich ergeben, als man meinen sollte, und daß der erkennende Richter bei dem Lesen der Akten sich oft selbst fragen muß, wie es zugehe, daß die Streitenden in ihren beiderseitigen Angaben so gar sehr von einander abweichen, zumal wenn er seinen Blick etwas höher, als auf den todten Buchstaben richtet, und Reflexionen über den

z) Der Ausdruck erstes statt Haupt-Verfahren erscheint mir schon sehr unheilverkündend, indem er auf ein zweites Verfahren gerade in dem Sinn, wie auf die Klage nothwendig die Antwort folgt, deutet. Das sollte nicht seyn. Es sollte, wie auch in der Theorie des Prozesses angenommen ist, eine Beweisinstanz oder das Beweisen überhaupt nur ein zufällig wesentliches Requisit und substantiale des Prozesses seyn. Mit dem ersten Verfahren sollten die thatsächlichen Umstände des Streits in der Regel erörtert werden, und nur ausnahmsweise sollte es zu dem s. g. zweiten Verfahren kommen oder ein Beweis nothwendig werden. Aber nun erscheint das Beweisverfahren fast immer als der zweite Theil des Prozeßdramas; ja es besteht darin die Haupt- und Staatsaction der ganzen Procedur, wogegen das erste und eigentliche Hauptverfahren nur als eine Zusammenstellung von divergirenden Vernehmlassungen der Parteien, und gleichsam als Versuch, ob sie wie ehrliche Leute gegen einander sich bezeigen wollen oder nicht, sich darstellt.

wahrscheinlichen Zusammenhang der Streitgeschichte anstellt. — Indessen gewöhnlich pflegt man sich bei solchen Zweifeln nicht lange aufzuhalten; die bestritten erscheinenden Umstände werden eben frischweg zum Beweis ausgesetzt, ob es sich schon damit oftmals nicht anders verhält, als wie mit jener bestrittenen Zinsstipulation: denn es fehlt an der gehörigen Einlassung. Man denke nur an Rechnungs- oder andere Auseinandersetzungsprozesse, bei Aufhebung von Gemeinschaften, bei der Vermögensseparation geschiedener Eheleute ꝛc., wo vielerlei Forderungen und Gegenforderungen zum Vorschein kommen. Man weiß ja, daß sich hier nicht immer die Mühe gegeben wird, jede einzeln und für sich und nach ihren oft complicirten factischen Eigenheiten in das Auge zu fassen; der Gegenstände sind zuviel, welche die Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen, und so geschieht es denn, daß, wenn es zur Entscheidung kommt, sich Lücken an Lücken zeigen, oder daß man wenigstens zweifeln muß, ob dieser, ob jener Umstand als widersprochen erscheinen würde, wenn man es bei der Instruction genauer genommen hätte. — Aber auch selbst bei einer ihrem Gegenstande nach einfachen Vindication, oder bei einer Contractsklage von gleich einfacher Art, kommen vielleicht Umstände vor, die man bei der Instruction nicht genau beachtet hat, die aber nachher, da es zur Entscheidung kommt, als erheblich erscheinen und nun als nicht contestirt dastehen. Eine vielleicht verschraubte und verfängliche Fassung des Klaglibells hat eine unvollkommene Litiscontestation zur Folge gehabt. Die nähere Befragung kann nun freilich das Bedenken beseitigen. Aber es kann eben sowohl auch geschehen, daß Thatsachen wirklich als contestirt und als bestritten erscheinen, die sich bei näherer Nachfrage entweder als nicht behauptet, oder als nicht geläugnet darstellen. Ein redseliger Klagsteller führt vielleicht Um-

stände an, auf die er gerade keinen Werth legt. Der Beklagte sieht sie für unerheblich an und übergeht sie mit Stillschweigen. Er will sie gerade nicht läugnen, nur will er sie nicht ausdrücklich zugestehen, und am Ende wird das von ihm mit Stillschweigen Uebergangene für abgeläugnet angenommen. So kann es denn kommen, daß Umstände zum Beweis ausgesetzt werden, die entweder nicht gehörig, d. h. speciell contestirt worden und so als widersprochen gelten, oder die vielleicht nicht einmal haben widersprochen werden wollen, ebenso wie in dem obigen Beispiele von der Kapitalzinsenforderung.

Allerdings liegt die Ursache dieser Weitläufigkeiten und Irregularitäten theils an einer mangelhaften Einrichtung der Klagschrift, theils und hauptsächlich aber an der wider die Ordnung unterlassenen speciellen Litiscontestation. Aber gerade diese letztere Ordnungswidrigkeit ist beinahe zur Ordnung geworden. Denn es ist dahin gekommen, daß unsere Klagbeantwortungs- oder s. g. Exceptionsschriften bloße Deductionen sind, in denen Einlassung und Exceptionen und Rechtsausführungen untereinander gemengt sind, was dann mit einer — man erlaube diesen Ausdruck — widerlichen Brühe von Declamationen übergossen, dem Gegentheil und dem Richter aufgetischt wird. Facta und Erklärungen darauf, überhaupt was der Richter zu wissen verlangt, das gerade findet man entweder gar nicht, oder muß es erst mühsam aus der Farrago von Dicentereien zusammensuchen.

Diese ordnungs- und zweckwidrige Behandlung, die eben auch von Repliken und Dupliken gilt, kommt zwar hauptsächlich bei dem Verfahren in Schriftsätzen zu rügen, weniger bei dem zu Protokoll. Doch ist sie öfters auch da zu finden, wenn Advocaten recessiren, oder wenn der mit den Parteien allein handelnde Richter bei

der Instruction flüchtig und ungründlich zu Werke geht, oder wohl gar seine Vices ungeweihten Händen anvertraut, und nur seinen Namen unter das Protokoll schreibt. Daß auf diese Weise der Zweck des ersten Verfahrens verfehlt werden muß, ist leicht einzusehen.

## §. 31.

Man wird vielleicht einwenden: wenn das erste Verfahren so unvollständig ist, der Richter auch unterlassen hat, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen, vielmehr alles gethan zu haben glaubt, wenn er den verworrenen Knauel mit einem generell gefaßten (§. 24.) Beweisinterlocut durchhauet, so werde es nun zwar zum Beweis oder doch zu dessen Antretung kommen; allein nun werde sich die Sache von selbst aufklären, und die Parteien würden mit der Erklärung, daß man sie mißverstanden und daß sich die Sache eigentlich so und so verhalte, hervorzutreten nicht säumen. — Darauf ist zu antworten: es ist für das Erste schon ein großer Uebelstand, ja ein unleidentlicher Mißbrauch, daß auf diese Weise das erste Verfahren seinen Zweck verfehlt, und daß dessen Stelle das Beweisverfahren vertreten soll. Da könnte man in der That versucht werden, zu wünschen, der jüngste R. A. möchte das artikulirte Verfahren nicht abgeschafft, oder doch demselben nicht ein solches substituirt haben, das auf eine so unvollkommene Weise dem Zwecke der Darlegung des Streitstandes entspricht. Statt daß nämlich die Beweisantretung, mithin auch die Artikel nur auf die widersprochenen und zu beweisenden Umstände gerichtet seyn sollten, geschieht es, wie vorhin schon bemerkt worden, und gewissermaßen nothgedrungen, eben wegen Mangelhaftigkeit des ersten Verfahrens, daß nicht bloß das bestrittene, sondern das ganze dem Streit zum Grunde liegende Factum hier zu-

sammen gefaßt wird. Alles was der Kläger zur Begründung seiner Klage sowohl an Thatsachen, als selbst an Rechtssätzen (die articuli juris!) anzuführen hat, bringt er in die Form von Artikeln ganz nach Art eines modernisirten artikulirten Verfahrens. Auf diese neue factische Composition muß denn der Beklagte nothwendig erst gehört werden. Es wird ihm daher die Beweisantretung ad respondendum mitgetheilt, nämlich zur Erklärung, was er von den einzelnen Punkten als wahr eingestehe oder als nicht wahr widerspreche, (also damit er eigentlich erst litem contestire!) dann welche Artikel er etwa für relevant erkenne oder als irrelevant behaupte. Darauf folgt ein s. g. Relevanzbescheid, — also schon das zweite Erkenntniß; beide appellabel, und doch im Wesen des Streits nichts entscheidend!

Allein auch abgesehen von jenem Mißbrauch und den in dessen Gefolge befindlichen Uebeln: Verlängerung des Prozesses, verzögerte Rechtshülfe und größere Kostenhäufung, so ist für das Andere noch zu bemerken, daß in Rücksicht auf Thatumstände, die einmal zum Beweis ausgesetzt sind, sich nicht mehr so leicht jener einfache Weg der Erörterung finden läßt, wie im ersten Stadium des Prozesses. Zwar der Kläger wird die Behauptung, die er nicht beweisen kann, fallen lassen; er hätte es aber vielleicht nicht zur richterlichen Beweisauflage kommen lassen, wenn man die Behandlung, wovon bisher die Rede war, und besonders im folgenden §. seyn wird, angewendet hätte. Der Beklagte dagegen, der im ersten Verfahren diesen oder jenen Umstand einmal geläugnet hat, oder doch dafür angenommen wird, der übrigens denselben bei näherer Erkundigung wohl zugestanden haben würde, findet den Umstand unter dem seinem Gegner auferlegten Beweissatz begriffen, und kommt vielleicht jetzt erst zu der Vorstellung, daß der-

selbe erheblich seyn müsse, da er auch dem Richter so erscheint. Wird er nun wohl versucht werden, zumal wenn er etwa merkt, daß der Beweis seinem Gegner nicht leicht werden möchte, diesem nun erst durch Zugeständniß seine Last zu erleichtern? — Hiezu kommt, daß ohnehin mit dem Fortschreiten des Prozesses die Geneigtheit nachzugeben immer mehr abnimmt, was die Erfahrung bei dem Vergleichstiften bestätigt. Man weiß nämlich, daß ein länger andauernder Rechtsstreit ungleich schwerer durch gütliche Vermittelung zu beendigen ist, als ein erst vor kurzem entstandener, — aus Gründen der mehrern Angewöhnung an die Beschwerden der Streitführung, ferner wegen der gesteigerten wechselseitigen Erbitterung, besonders aber auch darum, weil die entstandenen mehrern Kosten schon für sich selbst ein Hinderniß der Ausgleichung der gegenseitigen Interessen werden. Aus denselben Gründen ist auch in dem hier bezielten Fall wenig mehr auf Nachgiebigkeit zu rechnen; der günstige Zeitpunkt ist einmal verstrichen. Zwar wird es am Ende, wenn es mit andern Beweismitteln schwierig hält, vielleicht zu einem zugeschobenen Eide kommen. Allein der Beklagte muß ja gerade nicht schwören; er kann den Eid zurückschieben, und dann hat er nichts zu riskiren, wenn auch der Deferent schwört, eher hat er zu gewinnen, wenn dieser etwas scrupulös ist. Oder er kann den Eid ablehnen, indem er jetzt erst die eidlich zu negirende Thatsache zugesteht, unter einem Vorwande, der ihm vielleicht noch zur Ehre angerechnet wird: „er könne zwar wohl schwören, aber ein Eid sey ihm zu wichtig" u. d. gl. Uebrigens gewinnt er dadurch immer wenigstens Zeit, was für den Beklagten schon von Werth ist.

## §. 32.

Wenn der Richter das, was in dem Prozeß an That-

sachen von dem einen Theil behauptet und von dem andern widersprochen wird, festzustellen und die dießfalls sich etwa zeigenden Lücken zu ergänzen, also seiner Befugniß und Verpflichtung gemäß der Aufgabe zu genügen sucht, die bisher (§. 28. ff.) den Gegenstand der Betrachtung gemacht hat, so wird er hiebei nicht umgehen können, in die geschichtlichen Umstände des Streits tiefer einzudringen. Er wird von den Parteien, deren Vor- und Anträge er vollständig zu Protokoll nehmen und motiviren soll, — denn dieß muß er, so fern sie selbst keine Rechtsverständige sind, und auch der Vertretung durch Anwälte entbehren — eine getreue und aufrichtige Angabe der Verhältnisse des Streits und worauf sie ihren Anspruch oder ihre Befreiung gründen, fordern, mit einem Wort, er wird sie über die thatsächliche Beschaffenheit der Sache ausforschen. Damit steht aber in einer sehr nahen Verbindung, die oben (§. 28. ad B.) angedeutete und jetzt näher zu rechtfertigende Aufgabe

der nähern Erkundigung nach dem Grunde der Behauptung resp. des Widerspruchs,

oder was eben so viel heißt: nach der Rechtmäßigkeit der angriffs- oder vertheidigungsweise geltend gemachten Sache. Der Richter wird daher, indem er sich das Factum erzählen läßt, fragen: ob der Kläger die zur Unterstützung seiner Klage angeführten Thatsachen auch gegen den Widerspruch seines Gegners zu behaupten und zu beweisen sich getraue? sowie hiernächst den widersprechenden Gegentheil: ob er mit Ueberzeugung die angeführten Thatsachen für unwahr halte und es auf den Beweis ankommen lassen wolle? Diese richterliche Thätigkeit, wodurch frivole Prozesse verhütet werden sollen, findet in dem Grade mehr Anlaß sich zu äussern, als sich Gründe der Unwahrscheinlichkeit des Behauptenden oder des Widersprochenen ergeben. Daß

der Richter die Parteien an die Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu reden, und an die nachtheiligen Folgen leichtfertiger und muthwilliger Prozeßführung erinnere, daß er ihnen insonderheit seine allenfallsigen Bedenklichkeiten rücksichtlich des rechtlichen Gehaltes ihrer Sache vorhalte, — natürlich mit der gehörigen Discretion, also nicht in Beiseyn des Gegentheils, der dadurch leicht erst bedenklich gemacht und zu Ausbeugungen verleitet werden könnte, — dieses alles wird in dem Verhältniß, wovon hier die Rede ist, wo nämlich der Prozeß mit den Parteien allein verhandelt wird, um so nothwendiger, da sie des treuen Rathes und Beistandes eines Rechtsfreundes in der Person eines Anwaltes entbehren, mithin ohne die bezielte richterliche Verwendung ganz sich selbst und den Eingebungen ihrer Leidenschaften und thörichten Einbildungen preisgegeben wären. Denn daß man, wie sehr in dem practischen Leben die Sache oft anders gestaltet erscheint, diesen treuen Rath, diese aufrichtige Wohlmeinung von einem Rechtsanwalte zu erwarten berechtigt ist, kann wohl nicht bezweifelt werden; oder es wäre auf ein im wirklichen Leben unerreichbares Ideal abgesehen, wenn als Pflicht eines Advocaten behauptet wird: „daß er vor der Uebernehmung eines Prozesses die Rechtmäßigkeit des Begehrens, nachdem er sich vorher genau von den Thatsachen und vorhandenen Beweismitteln unterrichtet, gewissenhaft, mit Erwägung der wahrscheinlichen Ausflüchte des Gegners, zu prüfen und wissentlich keine ungerechte Sache zu übernehmen habe" *a*). Oder ließe sich ohne eine unwürdige Deutung annehmen, daß die Worte des gesetzlich *b*) vorgeschriebenen Eides der Advocaten: quod omni quidem

---

*a*) Martin's Lehrbuch §. 73.

*b*) L. 14. §. 1. C. de judiciis. (3,1.).

virtute sua omnique ope, quod verum et justum existimaverint, clientibus suis inferre procurabunt; — — non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit, vel penitus desperata et ex mendacibus allegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinabuntur, sed et si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a causa recedent, — minder ernstlich gemeint seyen? — Wenn nun von dem Richter, der zur Handhabung des Rechts und zur Steuerung jeder Ungebühr berufen ist, gleiche Thätigkeit für Verhütung frivoler Prozesse verlangt wird, wie man selbst von einem Advocaten fordert, dessen Stellung doch principaliter der Sorge für einseitige Interessen und deren Vertretung zugewendet ist, sollten nicht bei ersterem noch ungleich mehr Motive zur Erfüllung dieser Forderung eintreten, als bei dem letztern?

Die Erinnerung an die Pflicht, vor Gericht die Wahrheit zu reden, soll übrigens mehr bedeuten, als die Admonitionsformel in den preußischen Instructionsprotokollen, wobei sich hie und da — freilich gegen den Willen des Gesetzes *c*) — weder der Richter noch der schreibende Protokollführer etwas denken mag, zu geschweigen daß die Parteien darin etwas mehr fänden, als daß diese Formel eben zum Protokoll gehöre, wie das Actum, womit es anfängt. Geschieht nichts weiter, als daß man der Partei bloß mechanisch vorsagt: sie solle fein die Wahrheit reden und sich nicht den Strafen des frevelhaften Läugnens aussetzen, mit welchen man sie nicht einmal besonders und näher bekannt zu machen sich die Mühe gibt, so hat man so viel als nichts gethan. Das Bestreben, in den Parteien den Sinn für Wahrhaftigkeit anzuregen, soll sich vielmehr durch die

---

*c*) Vergl. Allg. G. O. u. A. Th. I. Tit. 5. §. 7.

ganze Verhandlung aussprechen, und das Ergebniß sich als belebendes und leitendes Prinzip zu erkennen geben. Dazu gehört, daß der Instruent sein ernstliches Interesse an der Sache vor allen durch eine vollständige Informations-Einziehung bethätige, daß er das eigentliche Sachverhältniß zwar zuvörderst durch geduldiges Anhören alles Vorbringens richtig aufzufassen sich bemühe, ohne durch die Einseitigkeit und Weitschweifigkeit dieser Darstellung sich sogleich ermüden zu lassen, — denn gerade diese Weitschweifigkeit kann fruchtbar für seinen Zweck wirken, — sodann aber durch angemessene Vorhaltung seiner Bedenken und durch darauf gestellte Fragen, in Verbindung mit wohlwollender und darum auch Vertrauen erregender Zusprache, dem Ziele der Erforschung der Wahrheit sich zu nähern suche. Er muß sich also hüten, daß er nicht sogleich nach jener bedeutungslos hingeworfenen Ermahnungsformel alles Vorgebrachte ungesichtet niederschreiben läßt, sondern vielmehr nur, was sich aus der präparatorischen Unterredung mit den Streitenden ergibt, also das Resultat der mündlich discursiven Einleitung der Verhandlung als richtigen Ausdruck des beiderseitigen Forderns und Zugestehens aufnehmen. Beobachtet er dieß als Menschen- und Geschäftskenner mit Eifer und Liebe für die Sache, so wird er ohne Zudringlichkeit und inquisitorisches Ungestüm, zwar nicht immer, aber doch in vielen Fällen, seinen Zweck erreichen, auf jeden Fall sicher darauf rechnen dürfen, daß die Masse der zum Beweis auszusetzenden Punkte sich um vieles vermindern wird.

So muß das erste oder Streitdarlegungs-Verfahren eingerichtet seyn, wenn es seinem Zweck entsprechen und nicht als ein Conglomerat von falschen Angaben und lügenhaften Widersprechungen sich darstellen soll, welches erst durch den Beweisprozeß von seinem Unrathe gesäu-

dert und entwirrt werden muß. Auf diese Reinigung des Darlegungsverfahrens zielten die nach dem ältern gemeinen Prozeßrecht bei dem Beginnen eines Rechtsstreits von den Parteien und ihren Sachwaltern geforderten Calumnieneide, so wie das Positionsverfahren *d*), bei welch' letzterem der Beweisführer zur Erleichterung seiner Beweislast seinem Gegner, um ein Geständniß zu bewirken, Fragen in Form von artikulirten Behauptungssätzen stellen durfte. Man hat die Calumnieneide abgeschafft und man hat recht daran gethan, da es andere Mittel gibt, der Bosheit und Chicane zu begegnen, als das trügliche Mittel eines promissorischen Eides. Man hat ferner das Positionsverfahren ausser Gebrauch kommen lassen, und auch dagegen ist weiter nichts zu erinnern *e*), in der Erwägung, daß selbiges

---

*d*) Vergl. hierüber STRYK in U. M. Lib. XI. Tit. 1. §. 41. sqq.

*e*) Doch fehlt es nicht an bewährten Practikern, welche die Abschaffung dieser Verfahrungsart bedauern. So sagt BOEHMER in J. E. P. Lib. II. Tit. V. §. 11. Sane, postquam in Saxonia juramentum calumniae sublatum, postquam positiones exesse jussae sunt, mirum in modum malitia litigantium crevit, cum actores iniquissima petant proponantque, rei vero adeo temerario conatu omnia negare audeant, *ut parentes, fratres, imo totam consanguinitatem in litis contestatione abnegent*, id quod quidem horrendum dictu est. Novi, quae contra positiones vulgo adferuntur, et licet haud negem, quaedam incommoda iis adhaerere, illa tamen evitari facile possent, si auctoritas juramentis restitueretur. Ast ubi positiones plane eliminatae sunt, longe uberior malitiae seges ibi occurrit, prout antea monui, ut proinde incommoda sint majora, quae ex earum intermissione redundant, quam quae earum praxi affinguntur. — Was der seel. Böhmer hier mit dem Ausdruck horrendum dictu bezeichnet, ist dennoch sehr practisch. Ich erinnere mich noch sehr wohl, daß mir bei dem Eintritt in die Advocatenpraxis, womit ich meine Laufbahn als Rechtsgeschäftsmann begann, ein alter Advocat sagte: das Wort gestehen müssen Sie so viel möglich nie gebrauchen. Ich habe diese Ma-

entbehrlich geworden war, oder doch schien, nachdem die generelle Litiscontestation („Nego narrata prout narrantur etc.“) durch den jüngsten Reichsabschied verboten und dafür die specielle Streiteinlassung vorgeschrieben worden, worüber freilich auch besser, als es geschieht, gehalten werden sollte, statt daß h. z. T. jene generelle Einlassung unter einer veränderten Gestalt (§. 30. a. E.) wieder einheimisch gemacht worden ist; — ferner in Erwägung, daß der mit dem Positionsverfahren bezielte Gewinn wahrheitsmäßiger Angaben und Antworten zur Beseitigung der Nothwendigkeit der Beweisführung in keinem Verhältnisse stund mit den Nachtheilen der Vervielfältigung der Eide durch die juramenta dandorum et respondendorum, und in keinem Verhältnisse mit der, der Natur dieser Eide nach, damit gegebenen Gelegenheit zu Meineiden. Aber man hätte den Zweck auf andere Weise zu erreichen sich angelegen seyn lassen sollen, und daß dieses durch eine pflichtmäßigere Verwendung des Richters geschehen könne, wird eben in der gegenwärtigen Abhandlung darzuthun versucht.

## §. 33.

Es gibt Prozesse, wo der Richter auf dem gewöhnlichen Wege der Verhandlung und ohne die Thätigkeit, die hier für ihn angesprochen wird, schlechterdings nicht zum Ziele gelangen wird. Er wird vielmehr nach dem gewöhnlichen Verhandlungstypus und Passivitätssystem die Streitenden in ein Labyrinth verwickeln, aus dem sie am Ende nur mit schweren Opfern den Ausgang finden

---

rime in der Folge als Richter sehr häufig angewandt gefunden, indem ich Sachwalter kennen lernte, die nur mit Widerwillen, und nie anders als mit der Clausel: „ohne alles präjudicirliche Einräumen“ für wahr gelten ließen, daß das Wasser nicht den Berg hinauflaufe.

werden. Wie viele Erörterungspunkte bietet ein Pachtcontract über ein Landgut dar, wenn es über Gewähr und Rückgewähr, über Beschädigungen an der Hauptsache oder an dem Zugehör und deren Werthsermäßigung, über Remissionen 2c., zum Rechtsstreite kommt, und der Pachtbrief undeutlich und unvollständig gefaßt, oder bei der Uebergabe ein Inventarium aufzunehmen unterlassen worden ist! Man lasse hierüber nur durch Sachwalter in Schriften und Recessen verhandeln und sehe dann, welche Arbeit es dem Richter machen wird, bei der Entscheidung der Sache aus der aufgehäuften rohen Masse das Brauchbare herauszufinden, und wie oft der eine oder der andere wesentliche Punkt, trotz aller Weitschweifigkeit der Verhandlung als unerörtert, vielleicht als ganz übergangen, sich zeigen wird. — Man denke ferner an eine Erbtheilung, wo geschäftsunkundige Interessenten anfänglich es versuchten, sich selbst auseinander zu setzen, weil sie dieses für ein leichtes Geschäft hielten, daher es verschmäheten, sich der Beihülfe eines Sachverständigen zu bedienen. Sie haben aber weder ein Inventarium aufgenommen, noch über ihre Verfügungen während der Gemeinschaft ordnungsmäßige Aufschreibungen gemacht; doch haben sie ausstehende Activa eingezogen, Passiva bezahlt, sich selbst einzelne Stücke der Erbschaft vorläufig zugetheilt u. s. w., ohne daß für eine endliche Auseinandersetzung zweckmäßige Schritte geschehen wären. Nun kommen sie, was bei einer solchen Behandlung nicht fehlen kann, hintereinander; sie haben sich gegenseitig Uebervortheilungen schuldig gemacht, oder glauben es wenigstens, und die anfängliche Zusammensicht verwandelt sich in Schelsucht, Zwietracht und gegenseitige Vorwürfe, kurz es kommt zum Prozeß. Hier zeigt sich aber nichts als ein Chaos von unlautern Thatsachen, von widersprochenen Behauptungen und Gegenbehauptun-

gen und dabei allenthalben Mangel an Bescheinigungen und Belegen; die Erben wissen selbst nicht recht, wie sie gegeneinander stehen. Hält sich nun bei Lösung dieses verworrenen Knauels der Richter schlechthin an das Verfahren nach dem Verhandlungsprinzip, mischen sich, wie es nicht fehlen wird, Advocaten ein, so können leicht Jahre vergehen, bis dieser Rechtsstreit mit allen seinen, durch die gemeinrechtliche Methode begünstigten Auswüchsen nothdürftig dahin gebracht wird, wohin ihn ein geschickter, thätiger und gewissenhafter Instruent mit dem s. g. Untersuchungs-Verfahren, wahrscheinlich in dem vierten Theile der Zeit und mit dem zehnten Theile der Kosten gebracht haben würde. — Sage man nicht, für Fälle dieser Art sey auch gemeinrechtlich ein eigenes Verfahren, der summarische Prozeß, bestimmt. Muß der Richter sich so leidend verhalten, als ihm nach der Verhandlungsmaxime, die ja eben auch im summarischen Prozesse gilt, geboten ist; muß er sich aller selbstständigen Einschreitung enthalten und ruhig zusehen, wie ihm die Parteien die Sache vortragen, oder die Anwälte, deren Tendenz nur ausnahmsweise Entwickelung des Sachverhältnisses ist: so wird er nicht zum Ziele kommen, und jene Pachtstritt- und Erbsonderungssachen werden bei aller ihrer s. g. summarischen Eigenschaft zur Freude aller derer, die vom Altare der Gerechtigkeit leben, so lange fortdauern, bis den Parteien endlich die Augen aufgehen, und sie einen magern Vergleich einem, wie man sagt, (für sie aber gewiß nicht, sondern nur für Andere) fetten Prozesse vorziehen.

## §. 34.

Ich habe in meinem bisherigen Vortrag auf die Anregung des Sinnes für Wahrhaftigkeit in den Parteien, überhaupt auf die Belebung der Pflicht, vor Gericht die

Wahrheit zu reden, ein großes Gewicht rücksichtlich des Zwecks einer guten Rechtspflege gelegt, und bin überzeugt, daß sich davon, besonders bei Prozessen der erstbemerkten Art vieles erwarten läßt. Dieß wird man mir aber nicht überall zugestehen. Denn man hat sogar in neuerer Zeit — beinahe als wenn man besorgen müßte, die Kluft zwischen dem Sitten- und dem Rechtsgesetze möchte sich zu sehr verengen — das Gebot der Sittenlehre zur Wahrhaftigkeit in seiner Anwendung auf die Verhandlungen vor Gericht in Zweifel gezogen; man hat die Zumuthung an eine Partei, die Wahrheit zu reden, für einen unnatürlichen Zwang erklärt; das natürliche Verhältniß der Streitenden, hat man gesagt, sey eben zu streiten, und die Gesetzgebung handle unrecht, wenn sie von den Parteien mehr verlange, als ohne heroische Tugend zu leisten sey. Möge auch, meint man, die Gesetzgebung die Angabe der reinen Wahrheit gebieten, die natürliche, der menschlichen Natur entsprechende Stellung der Parteien gegen einander lehre das Gegentheil u. s. w. — In der That, wenn wir das Treiben in unsern Gerichten betrachten, so scheint es, daß diese Lehre wie ein Evangelium aufgenommen worden und schon sehr in das Leben übergegangen ist. Es ist leider in der Gerichtspraxis bereits dahin gekommen, daß die Hauptkunst der Prozeßführung darin besteht, die Wahrheit zu verdunkeln und das Sachverhältniß, das vielleicht mit leichter Mühe zu entwickeln gewesen wäre, noch weiter zu verwirren, als es bei entstandenem Streite gewesen ist. Den Blick des Richters von der eigentlichen Beschaffenheit der Sache so viel als möglich abzuleiten und den richtigen Standpunkt der Beurtheilung zu verrücken, so aber dem Unrecht den Sieg über das Recht zu verschaffen, darin zeigt sich ja die Beflissenheit vieler Advocaten noch ganz so, wie einst im Preußischen (§. 21.). —

Doch noch sträubt sich gegen solche Verirrung der gesunde Sinn für Recht und Ordnung, der gottlob noch im Volke zu finden ist. Nach seinem sittlichen und religiösen Gefühle würde sich der Darlehnsschuldner mit Schande brandmarken, der es versuchte, seine Schuld abzuläugnen, weil er weiß, daß der Gläubiger den Schuldschein verloren hat; man traut vielmehr jedem in dieser Lage so viel Ehrlichkeit zu, daß er sich dennoch als Schuldner bekennen werde und denkt nicht daran, es für eine „heroische Tugend" anzunehmen, wenn er nicht den Schelm macht. Aber auch selbst in der Theorie nimmt man es nach der richtigern Ansicht *f*) noch immer nicht für „eine der menschlichen Natur entsprechende", sondern für eine der sittlichen Würde des Menschen widerstrebende, daher unerlaubte und strafbare Handlung an, durch Unwahrheiten vor Gericht seinen Vortheil zu befördern, und vertheidigt die fortdauernde Anwendbarkeit der poenae infitiationis. Treffend bemerkt Bayer a. a. O., daß die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen nicht auch noch in der Theorie bestritten werden sollte, da man sich in der Praxis ohnehin schon häufig genug darüber hinweggesetzt habe. — Wenn übrigens zwar eingeräumt wird *g*), „daß in dem Bestreiten eines Rechts wider besseres Wissen, in dem wissentlichen Vorbringen falscher Thatsachen und in dem Verschweigen des wahren Sachverhältnisses eine wirkliche Rechtsverletzung liege, und daß eine Partei, die un-

---

*f*) Vergl. ausser vielen ältern, von dem Skepticismus unserer Zeit noch nicht angesteckten und irre geleiteten, Rechtslehrern, Glück im Commentar VI. §. 501, und die Lehrbücher von Claproth §. 142. Note g. — Danz §. 181. — Martin §. 39. — Linde §. 118. — Bayer's Vorträge S. 35. — Meine Beiträge Bd. I. Nr. VIII.

*g*) Gärtner a. a. O. S. 82.

ter dem Scheine des Rechts nur ihre besondern Interessen verfolge, und die Formen des Rechts nicht als an und für sich geltend anerkenne, sondern zu ihren Zwecken benütze und mißbrauche, einen offenbaren Betrug begehe", — wenn dieses eingeräumt, und gleichwohl dem Civilrichter die Befugniß abgesprochen wird, nach dem Grund oder Ungrund dessen, was von den Parteien behauptet wird, zu fragen, weil dieses dem durch das Verhandlungsprinzip, wie man meint, begründeten richterlichen Passivitätssystem entgegen wäre: so nimmt man eben wieder als erwiesen an, was erst noch zu erweisen wäre: die Nothwendigkeit und Vernunftgemäßheit eines solchen Systems. — Warum denn überhaupt ein Extrem als leitenden Grundsatz? warum nur entweder die Theilnahmlosigkeit eines gleichgültigen Zuschauers, oder die Activität eines Inquisitors, da sich doch zwischen diesen beiden Aeussersten eine vermittelnde Thätigkeit erkennen, und als die allein practisch brauchbare anwenden läßt? — Doch „ein solcher Betrug, sagt man, müsse eben wie jeder andere bestraft werden, (verhüten soll man ihn also nicht?) und zwar von dem Gericht, welches bestimmt sey, die rechtswidrigen Handlungen zu strafen, und nach dem dieser strafenden Gewalt eigenthümlichen Verfahren". — Allein man hat hiebei — auch hinweggesehen über das Exorbitante der Einleitung eines Strafprozesses über die Vergehen in einem Civilprozeß — nur übersehen, daß zu dieser Ahndung im strafrechtlichen Wege wir vor allen Strafgesetze haben müßten, welche die criminelle Ahndung eines Betrugs dieser Art bestimmen. Solche Gesetze bestehen aber noch nicht; man ahndet die Uebertretung des Gebots der Wahrhaftigkeit bei den gerichtlichen Verhandlungen nur nach den bürgerlichen Gesetzen, und durch den Civilrichter, und wie natürlich in dem Prozeß über die Hauptsache. Deßhalb unterscheidet auch unter andern

das preußische Criminalrecht *k*) zwischen dem criminellen Betrug (falsum) und der bloßen Unwahrheit vor Gericht, und verweist letztere in das Gebiet der bürgerlichen Prozeßordnung.

## §. 35.

Darf man nun nicht bezweifeln, daß Entstellung der Wahrheit, geflissentliche Behauptung falscher Thatsachen vor Gericht, sowie das Läugnen wider besseres Wissen strafbare Unternehmungen gegen die Rechte Anderer sind, wer möchte widersprechen, daß es im Amte des Richters liege, so viel an ihm ist, dergleichen zu verhüten? Man hat, wie gedacht, die Calumnieneide und das Positionsverfahren abgeschafft, und man könnte beide missen, wenn nur nicht mit der, dem Richter bezüglich auf das Vorbringen der Parteien angewiesenen, bloß passiven Stellung der Frivolität vollends der letzte Zügel abgenommen wäre. Allerdings wird sich, ob die widersprochenen Behauptungen wahr sind, oder nicht, hiernächst bei der Beweisführung ergeben; warum es aber bis dahin kommen lassen? Hieße das nicht, mit Ueberlegung ungereinigten Samen in seinen Acker streuen, und erst, wenn die Saat aufgegangen, mühsam versuchen, den Weitzen von dem Unkraute zu scheiden, und dieses auszugäten?

Da sehr oft der Fall eintritt, ja bei den deutschen Untergerichten es die Regel ausmacht, daß die Prozesse mit den Parteien allein von dem Richter instruirt werden, und daß jene des Raths und Beistands eines Advocaten entbehren, so würden sie hier, wie vorhin schon bemerkt worden, gänzlich sich allein und ihren Leidenschaften und Verblendungen preisgegeben seyn, wenn auch der Richter nichts thun dürfte, um sie auf den rechten Weg

---

*k*) Allgemeines Landrecht Thl. II. Tit. XX. §. 1422.

zu leiten. Er kann dieß ohne inquisitorische Zudringlichkeit und ohne einen Eingriff in ihre Dispositionsrechte, durch Vorstellungen, wie er sie auch bei dem Sühneversuch anwendet, indem er nämlich die Parteien zu bewegen sucht, daß sie nicht durch grundlose Behauptungen und Chicanen sich selbst den Nachtheilen einer frivolen Prozeßführung aussetzen. Seine Bemühung, einen Vergleich zu erzielen, hat eigentlich den nämlichen Zweck, wie der Versuch, eine getreue Angabe des Sachverhältnisses zu erlangen: er will eine Annäherung der Streitenden durch Nachgiebigkeit bewirken. Dort sucht er ihren Billigkeitssinn zu beleben, hier ihr Gefühl für Aufrichtigkeit und Wahrheit. Er kann freilich hier wie dort excediren, dieß schließt ja aber den rechten Gebrauch seiner Wirksamkeit nicht aus. Auch ist ein Exceß jeden Falls weniger bedenklich da, wo die Zurücknahme einer factischen Behauptung oder die Einräumung einer solchen dadurch bewirkt wird, — denn hier läßt sich nachher allenfalls der Irrthum darthun, — als da, wo es die Aufgebung eines Rechts gilt, wie bei dem Vergleich. Das Gelingen der Aufgabe hängt aber von der Application des Richters großen Theils ab. Ist der Instruent ein Mann von Menschen- und Geschäftskenntniß, so wird er nicht selten aus dem beiderseitigen Vorbringen mit Wahrscheinlichkeit abzunehmen vermögen, was es mit den Behauptungen auf der einen und mit dem Läugnen auf der andern Seite für eine Bewandniß hat, und es dürfte ihm, wenn ihm anders sein Amt eine ernstliche Sache ist, nicht schwer werden, auch hier Nachgiebigkeit zu bewirken.

Man rechnet es dem Richter zum Verdienst an, wenn er in den Streitenden Empfänglichkeit für eine gütliche Vereinigung anzuregen weiß, und auf diese Art vielleicht weitaussehende Prozesse durch Vergleich beilegt.

Gewiß ist es eben so verdienstlich zur Vermeidung der Prozeßübel, die besonders mit der langen Dauer und Kostspieligkeit der Beweisprozesse verbunden sind, dadurch beizutragen, daß die Streitenden in ihren gegenseitig abweichenden Angaben nicht bloß ihren Leidenschaften Gehör geben, nicht ihren mehr oder weniger unlautern Vortheil allein vor Augen haben, daß sie vielmehr statt des schändlichen si fecisti nega, das ut inter bonos viros bene agier oportet zur Maxime ihres Verhaltens machen. Niemand zweifelt, daß der instruirende Richter befugt ja verpflichtet sey, der Partei, die eine zweifelhafte Forderung macht, so wie der, die einen an sie gemachten Anspruch gegen Wahrscheinlichkeit abläugnet, die Vorstellung zu machen, daß sie einen Theil ihres zweifelhaften Forderungsrechts aufgebe, beziehungsweise einen Theil des nicht unwahrscheinlich von ihrem Gegner zu beweisenden Anspruchs sofort anerkenne, also die Betheiligten dahin zu vermögen, daß sie ihr bestrittenes und zweifelhaftes Recht theilweise fahren lassen und damit den Frieden wieder herstellen. Gewiß kann daher auch der — wie sich von selbst versteht, dem einen Theil nicht in Beiseyn des andern gemachte — Vorhalt, vorausgesetzt, daß wirklich die Sache sich so darstellt, nicht unzulässig seyn: „es scheine unwahr„scheinlich, daß er, der Kläger, diesen oder jenen Um„stand werde beweisen können; er solle sich also wohl „bedenken, und sich nicht in unnöthige Weitläufigkeiten „einlassen, sondern lieber das fragliche Assertum fallen „lassen." — Oder gegenüber dem Beklagten: „dieser „oder jener von dem Kläger behauptete Umstand habe „sehr viel Wahrscheinlichkeit für sich, indem rc. — der „Beklagte habe selbst vorhin (in seiner weitschweifigen „Erzählung von der Veranlassung des Streits) vorge„bracht, daß rc., — dieß passe nicht zu seinem jetzigen

„Vorbringen, weil ꝛc.; — er solle also nicht durch Be„harren auf seinem Läugnen kostspielige Beweisführungen „veranlassen u. s. w." Auch hier soll durch Nachgeben die schnellere Beendigung des Streites herbeigeführt werden, und der Richter wird in dem Grade mit Sicherheit darauf rechnen dürfen, seinen Zweck zu erreichen und für beide Theile wohlthätig zu wirken, als er mit der Liebe zum Beruf Geschäftserfahrung verbindet, besonders in den Erscheinungen des gewöhnlichen Lebens kein Neuling ist, und dabei — was eben nicht als die letzte seiner guten Eigenschaften angesehen werden muß — das Vertrauen seiner Amtsanbefohlenen sich zu eigen gemacht hat, welches freilich nicht durch strenge Gerechtigkeitsliebe allein, bisweilen durch diese weniger als durch Gesinnungen des Wohlwollens und der Menschenfreundlichkeit gegen die Hülfesuchenden, erworben wird.

Diese Art Nachgiebigkeit unter den Streitenden zu bewirken, hat übrigens das Eigene, daß sie in der Regel wenigstens ganz unbedenklich ist. Bei der Stiftung eines Vergleiches ist es nichts Seltenes, daß hinterher Zweifel über dessen Rechtsbeständigkeit entstehen, da man ja weiß, daß schon manche Partei ein Opfer ungestümer Zudringlichkeiten und ihrer Gutmüthigkeit geworden ist, wovon denn wenigstens spätere Reue die Folge ist. Dieß wird nie der Fall seyn, wenn die Parteien durch Zureden zum Geständniß der Wahrheit gebracht werden. Mit welcher Stirn könnten sie auch eine Reue, die Wahrheit angegeben zu haben, vorschützen! Daß aber diese Verwendung des richterlichen Amts für eine gottgefällige Gerechtigkeit in unsern Gerichten leider beinahe unpractisch geworden ist, liegt wahrlich nicht an ihrer mindern Zweckmäßigkeit, ist übrigens gewiß nicht die letzte von den Ursachen der häufigen Klagen über kostspielige, verzögerliche, überhaupt schlechte Justiz und des Verlangens

nach andern Formen. Nur strebt man unglücklicherweise gerade nach solchen, die den deutschen Richter noch weiter von jener so nothwendigen Theilnahme an dem Resultate der Prozeßführung entfernt halten, und damit zugleich von der Aeusserung jenes Wohlwollens gegen beide Parteien, welches sich doch so gut mit dem Richteramte verträgt, und unbeschadet der gleichdurchgehenden Gerechtigkeit realisiren läßt, indem es manche Härten des Gesetzes mit den Rücksichten, die der gegebene Fall anspricht, billig abzugleichen Mittel und Wege auffsucht und gewiß auch zu finden weiß.

## §. 36.

Soll die richterliche Prozeßleitung mehr bedeuten, als dieß gewöhnlich der Fall ist, soll sie nicht bloß in der Sorge für die Beobachtung des formalen Rechtsganges sich äussern, sondern der Rechtsschutzerlangung wesentlich förderlich seyn — und dieß ist doch nur in dem Grade der Fall, als das förmliche Recht auch wirkliches ist, — so muß man sich endlich einmal an die Vorstellung gewöhnen, daß dem prozeßdirigirenden Richter eine andere Stellung gezieme, als die er mehr nach mißverstandenen Theorien und einer darnach gebildeten unseligen Praxis, als nach dem Geiste der Gesetze über das Verfahren gemeinrechtlich jetzt einnimmt, eine Stellung, die der eines stummen Zuschauers bei einem Spiele ähnlich ist, der nichts thun darf, als zusehen und sich im Stillen wundern, wie doch dem Einen ungeachtet seines gut gestandenen Spiels von dem Andern die Partie abgewonnen wird.

Wenn der Richter sich bemüht, das sittliche und religiöse Gefühl für seinen Zweck der Erforschung der Wahrheit zu beleben, so wird es wohl niemand ein-

fallen, zu behaupten, daß er damit in die Sphäre des Seelsorgeramts eingreife. Den Menschen im Allgemeinen sittlich besser zu machen, das ist freilich nicht sein Beruf; aber rechtswidrige Handlungen nach Möglichkeit verhüten, Gefährdungen der Rechtssicherheit zwischen Einzelnen abwenden, so viel er kann, das soll er, dazu ist er vom Staate aufgestellt, und in dem gegebenen Falle ausdrücklich angegangen. Er ermahnt nach Bedürfniß der Umstände den, der schwören soll, sein Gewissen wohl zu bedenken, er erinnert ihn, nicht leichtsinnig zur Eideshandlung zu gehen und warnt ihn vor den Strafen des Meineids, nicht gerade um die Seele des Schwörenden zu retten, sondern zunächst um einen falschen Eid zu verhüten. Die Anwendung hievon gilt auch auf die Verhütung von Unwahrheit und Lügen vor Gericht. Denn wenn sie gleich nicht wie Meineide strafbar sind, so können sie doch in ihren Folgen, nämlich für die Partei, die wegen eines wohlbegründeten, aber von dem Gegner wider bessere Ueberzeugung abgeläugneten Anspruchs die Last eines vielleicht schwierigen Beweises auf sich nehmen muß, durch den besorglichen Verlust der Sache eben so nachtheilig und rechtsverletzend seyn, vollends wenn der Beweispflichtige kein anderes Beweismittel hätte, als das der Eideszuschiebung an einen Gegner von so zweideutigem Character. Der nämliche Grund, warum sich der Richter bei der Eidesleistung nicht gleichgültig verhält, tritt also auch da ein, wo er gegen unwahre Behauptungen und frevelhaftes Läugnen wirksam werden soll, und die Gerichte werden sich nicht durch die Meinung, daß hier von Gewissenssachen die Rede sey, die bloß den Seelsorger angingen, irre machen lassen, daher auch nicht durch die in Beziehung auf die Verhütung von Meineiden etwas leichtfertig und schielend hingeworfene Aeusserung G ö n-

ner's *i*), „daß die Sorge für das Seelenheil des „Schwörenden in den Beichtstuhl, und nicht für die „Gerichte gehöre"; — als ob es sich hier nur um die Seele des Lügners und Meineidigen, und nicht vielmehr nach Gelegenheit um Ehre, Leib und Gut seines Gegentheils handelte!

Endlich soll nicht noch einmal wiederholt werden, daß die hier dem Richter vindicirte mehr active Stellung, schon durch seine Obliegenheit, Prozesse so viel als möglich abzukürzen und weitläufige Beweisführungen entbehrlich zu machen, bedingt ist. Uebrigens darf man sich wohl der Hoffnung überlassen, es werde zur Ehre des natürlichen Rechtssinnes der Menschen, um nicht zu sagen der Moral, zu geschweigen der christlichen, der Zeitpunkt nicht sehr fern seyn, wo eine Erörterung, wie die gegenwärtige, für so überflüssig gehalten werden wird, als jenes Redners kunstreiche Apologie der Tugend.

Noch ist kürzlich dem Einwurfe von der practischen Unfruchtbarkeit der hier vertheidigten Theorie zu begegnen. Man hat zur Unterstützung desselben angeführt, daß die im preußischen Prozeßrecht geordneten Strafen des frevelhaften Läugnens ausser Uebung gekommen, und daß in vielen Jahren kein Eintrag in das s. g. schwarze Register erfolgt sey *k*). Ist dieß wirklich so, wie ich nicht bezweifeln will, und liegt der Grund nicht darin, daß in vielen Jahren keine Veranlassung dieser Ahndung gegeben worden, was sich kaum denken läßt, so muß derselbe entweder in einer nicht zu entschuldigenden Indulgenz der Gerichte gesucht werden,

---

*i*) In den Motiven zu seinem Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtliche Verfahren, Seite 380.

*k*) Gärtner a. a. O. Seite 96.

oder in der Unangemessenheit der Strafbestimmung, hier also in dem Gesetz, keineswegs aber darin, daß unsere Theorie nicht practisch wäre. Wirklich scheint es an der Unangemessenheit des Strafübels zu liegen. Denn wenn derjenige, der eine Unwahrheit vor Gericht in eigener Sache ohne Eid ausgesagt hat, nach dem Gesetz für unfähig erklärt wird, je einen nothwendigen Eid zu seinem Vortheil ableisten zu dürfen, so steht diese Folge in der That in keinem Verhältnisse mit seiner Verschuldung. Die Strafen sind zu strenge, als daß sie vollstreckt werden könnten, und sie kommen deßhalb ausser Uebung, damit aber auch zugleich die Ahndung der Uebertretung überhaupt, weil es an andern zweckmäßigen Strafbestimmungen fehlt. — Man braucht den boshaften Lügner nicht gleichsam rechtlos zu machen; man strafe ihn nur ausser dem Ersatze der durch sein Verschulden verursachten Kosten, nachdrücklich an Geld oder im Falle des Unvermögens am Leibe, vorausgesetzt, daß die Uebertretung gehörig dargethan ist. Und dieß wird denn doch in vielen Fällen möglich seyn, freilich nicht durch den Beweis des Gegentheils des Behaupteten oder der Wahrheit des Geläugneten schlechthin, noch weniger durch den Eid, welcher in dieser Beziehung immer irrelevant erscheinen wird, er mag von dem Läugnenden verweigert oder vom Gegentheil abgeleistet worden seyn.

## §. 37.

Bisher (§. 28. bis 36.) war von dem Fall die Rede, wo der Prozeß mit den Parteien allein verhandelt wird, welches bei den Gerichten erster Instanz besonders auf dem platten Lande hinsichtlich der Mehrzahl der Rechtsstreite eintritt. Es ist nun noch von dem Falle zu handeln, wo Rechtsanwälte die Streitenden in deren Abwesenheit vertreten. Hier ist zwar die Besorgniß ei-

nes aus Mißverstand geschehenen unrichtigen Vorbringens minder practisch, wenn anders der Advocat auf eine vollständige Informations-Einziehung Bedacht genommen hat, und sonst weiß, was zu seinem Berufe gehört. Ist dieses aber nicht der Fall, das Vorbringen also lückenhaft, so wird der Richter, wenn der Prozeß mündlich zu Protokoll verhandelt wird, auch hier gegen die Rechtsanwälte sein Aufhellungsamt gebührend anzuwenden für eben so befugt, als verpflichtet erachtet werden, sowie er, wenn die Verhandlung in eingereichten Schriften erfolgt, ohne Widerrede das Recht und die Pflicht hat, kraft der ihm obliegenden Prüfung der Eingaben, die nöthigen Ergänzungs-Anordnungen und Zurechtweisungen zu verfügen, offenbare Chicanen und Verdrehungen aber nachdrücklich zu ahnden. Was dagegen die nähere Erkundigung nach der Wahrheit des Vorbringens betrifft, so kann hier der Richter freilich nicht so wirken, wie gegenüber den Parteien selbst. Es ließe sich auch in deren Abwesenheit nicht viel von seiner Verwendung versprechen, da der Advocat sich auf sein Nichtwissen berufen könnte, so lange man nicht, wie im Preußischen, strenge darüber hält, daß der Sachwalter von seiner Partei genaue Information einziehe, und die Entschuldigung mit einer mangelhaften in der Regel wenigstens als unzulässig annimmt; doch eben nur in der Regel, daher mit billiger Beachtung der Ausnahmen, weil allerdings factische Umstände vorkommen können, die sich bei der sorgfältigsten Vorbereitung nicht vorhersehen lassen, wo also der Sachwalter seine Ignoranz als Dritter und eigentlich Unbetheiligter mit gutem Gewissen vorschützen kann. Sind indessen die Parteien selbst gegenwärtig, so leidet es wohl keinen Zweifel, daß alles oben Gesagte auch hier Anwendung findet, also daß der Richter nicht bloß geduldig anhört, was man ihm vorsagt,

und sich gleichsam etwas weis machen läßt, sondern nachfragt, wie sich die Sache eigentlich verhält. Es braucht kaum noch einmal erinnert zu werden, daß, wenn die bei dieser nähern Einsichtnahme in den Thatbestand vortheilhaft betheiligte Partei die richterliche Cognition selbst ablehnt, (ein Fall, der indessen wohl selten eintreten wird) der Richter sich dieß gefallen lassen muß und wird. Uebrigens können zu dieser seiner Verwendung vornämlich die Termine zum Vergleichsversuch, den der Richter ja nach dem J. R. A. §. 110. in jedem Stadium des Prozesses versuchen darf und soll, benützt werden, da, wie schon gedacht, auch selbst eine theilweise Vereinigung unter den Streitenden nützlich werden kann, besonders in Streitigkeiten über mehrere cumulativ zur Behandlung kommende Gegenstände, z. B. bei Gemeinschaftsauseinandersetzungen oder im Rechnungsprozeß, wo es gewiß erwünscht ist, wenn selbst nur einige Punkte, vollends solche, die eine weitaussehende Beweisführung fordern, ohne dieses Mittel durch beiderseitiges Einverständniß zur Liquidität gebracht werden. Bei Grenzstreitigkeiten wird eine solche auf Vereinfachung der Behandlung abzielende Vermittelung vorzugsweise sich wohlthätig beweisen. Freilich muß vorausgesetzt werden, daß die Advocaten sich nicht einer solchen Herrschaft über den Rechtsstreit angemaßt haben, daß auch in ihrer Abwesenheit, wenn man sie nämlich vom Sühneversuchstermin entfernt hat, den Parteien nicht mehr freie Hände gelassen sind, sie vielmehr, vom Mißtrauen gegen die Gerichte angesteckt, es kaum mehr wagen, die ihnen gemachten vernünftigen Vorstellungen selbst unbefangen zu prüfen.

## §. 38.

Welche wohlthätige Folgen besonders für eine schleunige, aber auch gründliche Justiz sich von der hier ver-

theidigten Theorie des Verfahrens, in Vergleichung mit der gewöhnlichen Procedurart nach dem Verhandlungsprinzip, wenigstens wie dieses gewöhnlich verstanden und angewendet wird, versprechen lassen, bei welcher Methode die Rechtsuchenden sich besser befinden, und der Richter der Chicane und den Umtrieben der Parteien und Advocaten wirksamer zu begegnen vermag, dieß soll statt mehrerer nur mit einem Beispiele belegt werden. Es darf dabei vor allen nicht unbemerkt bleiben, daß weder rücksichtlich des Organismus der in dem zu erzählenden Prozeßdrama instruirend und entscheidend thätig gewesener Gerichte, da es lauter Collegialgerichte waren, noch in Ansehung der Intelligenz und Gerechtigkeitsliebe ihrer Mitglieder irgend ein Mangel sich gezeigt hat.

Bei einem Justizamte wurden durch einen Schreiber nach und nach mehrere zur gerichtlichen Hinterlegung bestimmte Gelder unterschlagen. Da einem der bei dem Amte angestellten Beamten, dem diese Gelder von den Parteien zur depositalordnungsmäßigen Behandlung eingehändigt worden waren, zur Last gelegt wurde, daß er durch Vernachlässigung der Vorschriften der Depositenordnung zu der Unterschlagung Gelegenheit gegeben habe, so waren gleich nach Entdeckung der Defecte und Bekanntwerdung der Art und Weise ihrer Entstehung schwere Regreßklagen gegen diesen Beamten vorherzusehen. Es wurde sich zwar vor allen des Vermögens des zur Criminaluntersuchung gezogenen verbrecherischen Individuums versichert, indem eine von demselben dem Amte bestellte Caution zur Deckung des angerichteten Schadens als bei weitem unzureichend sich ergab; es war aber jenes so unbedeutend, daß durchaus keine Hoffnung vorhanden war, die damnificirten Deposital-Interessenten auch nur dem größten Theile nach zufrie-

den stellen zu können. Aus der meist auf die Caution beschränkten disponibeln Masse wurden daher hauptsächlich nur die minder beträchtlichen Depositalgläubiger nach Verhältniß ihres Andringens und ihrer Bedürftigkeit befriedigt, indem ein Concurs nicht eröffnet wurde, weil keiner der beschädigten Depositalinteressenten, so wenig als der übrigen Gläubiger, — diese gaben vielmehr ihre Forderungen sogleich auf — darauf antrug. Auch von Amtswegen fand sich das in der Sache competente Gericht zur Einleitung eines Gantverfahrens nicht veranlaßt, da denjenigen von den Depositalgläubigern, die für jetzt nicht befriedigt wurden, ohnehin der Weg des Regresses an das, das Depositorium verwaltende Amtspersonal, so weit ihm ein Versehen zur Last zu legen, eventualiter an die Gerichtsherrschaft vorbehalten war, und darin ein ausreichender Fond der Befriedigung sich öffnete. So erschien denn auch die Distribution der unzulänglichen Masse unter alle Beschädigte pro rata weder nothwendig noch auch räthlich, indem dadurch nur die Zahl der Regreßprozesse, zum Theil über ganz geringe Summen, ohne Noth vermehrt worden seyn würde.

Den Depositalgläubigern, die hiebei nicht zur Perception gelangten, blieb nun, weil von dem mit seiner Familie gänzlich verarmten Malversanten nichts mehr zu erholen war, nur der Regreßweg übrig. Einer der am meisten betheiligten stellte daher gegen den Justizbeamten, dem er sein Geld zur depositalmäßigen Annahme übergeben, der es aber unvorsichtigerweise den unberechtigten Händen des Schreibers anvertraut hatte, Klage auf Schadensersatz an. Der Beklagte lehnte jedoch selbst die eventuelle Einlassung ab, indem er, unter andern dilatorischen Einreden, die der noch nicht erfolgten Excussion des Urhebers des Schadens, nämlich je-

nes Schreibers, als Principalschuldners, vorschützte, wie sehr ihm auch die bestehenden Verhältnisse bekannt waren, und die vorgewendete Unwissenheit, namentlich über die sogar mit seiner Zuziehung vertheilte Aktivmasse, schon auf den ersten Anblick sich als grundlos und frivol darstellte. Er hatte vom Anfang an als wesentlich betheiligt sowohl an den Einschreitungen zur Aufbringung von Deckungsfonds, als an deren Verwendung selbstthätig Theil genommen; er konnte also nicht anders als überzeugt seyn, daß nicht mehr daran zu denken war, zur Deckung des Schadens auch nur das Geringste aus Mitteln des Verbrechers weiter herbeizuschaffen, dessen Familie sogar notorisch aus der Armencasse unterstützt werden mußte. Dieses auf Gerichtsakten und Notorietät sich gründende Verhältniß veranlaßte denn auch das Gericht, mit Verwerfung der verzögerlichen Einreden dem Beklagten die Einlassung aufzulegen. Dieser wandte jedoch die Appellation ein und es wurden in zweiter Instanz zwar die übrigen dilatorischen Exceptionen verworfen, dem Kläger aber dennoch vordersamst der Beweis auferlegt, daß der Urheber des Schadens zur Zeit der angestellten Klage kein Vermögen mehr besessen habe, welches Erkenntniß auch in revisorio bestätigt wurde. — So weit ist der Prozeß in fünf Jahren seit Anstellung der Klage vorgerückt.

Wer das Verfahren nach dem so sehr im Verrufe stehenden Untersuchungsprinzip kennt, wird es nicht zweifelhaft finden, daß nach demselben oder auch nur bei einer dem instruirenden Richter gestatteten zweckmäßigeren Thätigkeit, — da die Materialien in gerichtlichen Akten, Vermögensinventarisations- und Massavertheilungs-Verhandlungen vorlagen, — die hier nach dem gemeinrechtlichen Typus fünf Jahre ventilirte Frage um die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners ohne alle Mühe vielleicht in

so viel Stunden zu erledigen gewesen seyn würde. — Geht der Prozeß auf diesem Wege fort, so können bis zur Beendigung des Probatoriums und bis die Verbindlichkeit zur — Einlassung auf die Klage rechtskräftig feststeht, leicht abermals fünf Jahre vergehen. Wie viele aber von den Betheiligten das Ende des Prozesses selbst erleben werden, und vollends wann endlich den Beschädigten oder ihren Erben oder Gläubigern die Stunde der Befriedigung schlagen wird, wer vermöchte dieß bei einer solchen Procedur voraus zu bestimmen? So viel nur sieht man ein, daß dabei sich Niemand besser befindet, als wer bezahlen soll, und die Advocaten.

Hier ist mir, als hörte ich die Vertheidiger des französischen Prozesses in der Freude ihres Herzens ausrufen: „da haben wir den Beweis, wie wesentlich zu einer guten Justizverwaltung ein öffentliches Verfahren ist! Hier müssen es Parteien und Advocaten wohl bleiben lassen, so kecker Unwahrheiten und Umtriebe sich schuldig zu machen, wenn sie sich nicht der Verachtung ihrer Mitbürger bloß stellen wollen" u. dgl. — Eitler Wahn! Als ob das, was vor unsern deutschen Gerichten verhandelt wird, bloß zur Kenntniß des Betheiligten gelangte, vor dem übrigen Publikum aber ein Geheimniß bliebe! Nein, wer sich nicht scheut, in Schriften auf so dreiste Art die Wahrheit wegzuläugnen, wenn er damit seinen Vortheil befördern zu können glaubt, bestehe auch der Gewinn nur in einer armseligen Galgenfrist, der wird auch im Angesichte des vor den Gerichtsschranken erscheinenden Publikums dieß zu thun nicht erröthen. Ohnehin darf ihm ja niemand aus der Zahl der Umstehenden ins Gesicht widersprechen; und über Urtheile im Stillen hat er sich glücklich hinwegzusetzen gelernt. Was aber die Rechtsvertreter betrifft, so darf man wohl fragen, welcher Advocat noch Ruf und Kund-

schaft eingebüßt hat, weil man von ihm weiß, daß er eine böse Sache auf Kosten der Redlichkeit geschickt zu vertheidigen versteht?

## §. 39.

Zu der bisher vorgetragenen Theorie eines erweiterten richterlichen Frage- und Aufklärungsrechts haben sich bereits verschiedene neuere *l*) deutsche Gesetzgebungen hingeneigt, und wenn wir Deutsche, was freilich oft lange braucht, einmal zur rechten Erkenntniß kommen, was uns in der Rechtspflege eigentlich Noth thut, und was auch ohne eine Radikalreform unsern Zustand wesentlich verbessern kann, nämlich:

nicht so wohl veränderte Formen in der Darlegung des Streitstoffes von Seiten der Parteien (wie Oeffentlichkeit und Mündlichkeit) oder doch diese nicht allein, sondern vorzugsweise eine erweiterte Gewalt des Richteramts zur Entfernung der Hindernisse, welche der richtigen Auffassung und Erkenntniß jenes Stoffes von der Einseitigkeit und dem bösen Willen der Parteien und ihrer Sachwalter in den Weg gelegt werden,

so läßt sich erwarten, daß man auch in andern Ländern diesem Beispiele folgen werde.

---

*l*) Es bestimmt indessen schon die noch gültige baierische Prozeßordnung von 1753. Cap. 10. §. 15. N. 7. „es stehe dem Richter frei, nicht nur den Zeugen, sondern auch den Parteien selbst nach Gestalt und Erforderniß der Sache zur Erforschung der gründlichen Wahrheit vor und nach dem Beschluß der Sache von Amtswegen Fragstücke zu stellen." — Nur ist leider aus einer zu weit getriebenen Besorgniß vor einem Mißbrauche dieses Fragerechts, soweit es gegen die Parteien gerichtet ist, selbiges bloß auf die Obergerichte beschränkt, bei welchen, als Appellationsgerichten, es gerade weniger practisch erscheint, als bei den Gerichten erster Instanz.

Die Gesetzgebungen, welche hierin und in der Verbesserung des Verfahrens erster Instanz, — als der Basis aller folgenden Gerichtsstufen und der wesentlichsten von allen, was die Sammlung des Streitmaterials betrifft, — die Bahn gebrochen haben, sind, so weit mir bekannt geworden, die würtembergische, das preußische Prozeßverfahren zum Muster genommen. Ferner gehört hieher die Civilprozeßlegislation im Großherzogthum Hessen, besonders in der Ordnung des Verfahrens der Land- und Stadtgerichte, welchen im Artikel 1. ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist: „auch aus verworrenen Vorträgen der Parteien sich durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht derjenigen factischen Verhältnisse, auf welche es ankommt, zu entwickeln und dasjenige, was unter dieser Voraussetzung dem Recht einer Partei entspricht zu berücksichtigen, wenn auch diese selbst ihre Rechte nicht genügend ausgeführt hätte." — Ein Gesetz in Baiern vom 22. Julius 1819 ordnet §. 3.: „Wenn Personen, welche der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand ihre Sache verhandeln, so soll der Richter sich bestreben, daß das Factum des Streites und dasjenige, was jeder Theil von dem andern verlangt, vollständig und genau aufgenommen, der Streitpunkt richtig gestellt, und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entscheidung des Streits erfordert wird."

Noch bestimmter ordnet die Prozeßordnung für die Untergerichte des Königreichs Hannover vom Jahr 1827. §. 23. *m*), daß jeder Unterrichter, bei welchem eine Rechtssache angebracht worden, eine zweckmäßige Direction des Prozesses sich angelegen seyn lassen und

---

*m*) Vergl. E. Spangenberg's Commentar hiezu. Hannover 1829.

— durch sachgemäße Fragen eine klare Ansicht aller den Parteivorträgen zum Grunde liegenden factischen Verhältnisse sich verschaffen und dadurch den jedesmaligen wahren Streitpunkt in Gewißheit setzen müsse. Ferner nimmt dieses Gesetz in Beziehung auf die Maßregeln, wenn der Prozeß schriftlich verhandelt worden, und damit überhaupt zur Erklärung seiner eigentlichen Tendenz, im §. 57.: „da bei dem schriftlichen Verfahren dem Richter nicht alle die Mittel, durch welche er bei den mündlichen Verhandlungen die Sache aufklären und zu einer umfassenden Entscheidung vorbereiten kann, zu Gebote stehen, so soll er nach übergebener Replik oder Duplik, zur völligen Aufklärung über die von beiden Theilen vorgebrachten, einer Aufklärung bedürftigen, Thatsachen einen Termin ansetzen, in welchem die Parteien persönlich zu erscheinen und auf die ihnen vorzulegenden Fragen zu antworten schuldig sind. Das Ausbleiben in diesem Termine zieht eine anzudrohende Geldbuße von 1 bis 5 Rthlr. und wenn es wiederholt wird, das anzudrohende Präjudiz nach sich, daß die zu beantwortenden, dem Ausgebliebenen nunmehr mitzutheilenden, factischen Fragen als auf die dem Gegner vortheilhafteste Art beantwortet angenommen werden.

Auch die Oldenburgische P. O. von 1824, die ich übrigens nicht selbst einsehen konnte, soll ähnliche Bestimmungen enthalten *n*).

Es scheint nicht zweifelhaft, daß die Tendenz dieser verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen diese war, den Richter zu etwas mehr in seiner Thätigkeit zu verpflichten, als bloß für Herstellung eines richtigen Streitstandes oder dafür zu sorgen, daß aus den Verhandlungen klar erhelle, was von den einerseits behaupteten

---

*n*) Ebendas. I. Abth. S. 273. Nr. 2.

Thatsachen andererseits zugestanden oder widersprochen wird. Denn darüber hätte es gerade keiner neuen Gesetze bedurft, sofern damit nichts anderes gefordert werden wollte, als was ohnehin gemeinrechtlich längst als ausgemacht angenommen ist, nämlich das strenge Halten über einer vollständigen Streiteinlassung, und was der Richter zu thun habe, wenn sich hierin ein Mangel zeigt. Die Absicht scheint daher vielmehr dahin zu gehen, dem Richter eine Stellung nach der bisher vorgetragenen Theorie zu geben, also demselben zur Pflicht zu machen, das Streitige, so viel als es durch nähere Erkundigung bei den Parteien geschehen kann, aufzuklären; sie scheint wie sich die baierische Prozeßordnung a. a. O. ausdrückt, auf Erforschung der gründlichen Wahrheit gerichtet zu seyn, wenn man schon, gleichsam aus angestammtem Respekte vor dem Verhandlungsprinzip, und um es nicht mit der Doctrin des gemeinen Prozesses zu verderben, das Kind bei dem rechten Namen zu nennen sich gescheut haben mag. Man hat mit einem Worte — und das ist wohl das Rechte — einen Mittelweg zwischen der gemeinrechtlichen Verhandlungs- und der strengen preußischen Untersuchungsmethode nach deren ursprünglicher Gestalt, wie sie aus Friedrichs Kopf gegangen, gewählt, und es hat das Ansehen, daß man auch im Preußischen diesem Mittelweg sich nähern wird, wenn dort eine Verbesserung in diesem Zweige der Gesetzgebung, wie man vernimmt, im Werke seyn sollte.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Gießen, gedruckt bei Carl Lichtenberger.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Puchta, Wolfgang Heinrich,

Das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters

Gießen 1836

J.pract. 242 q
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554580-5